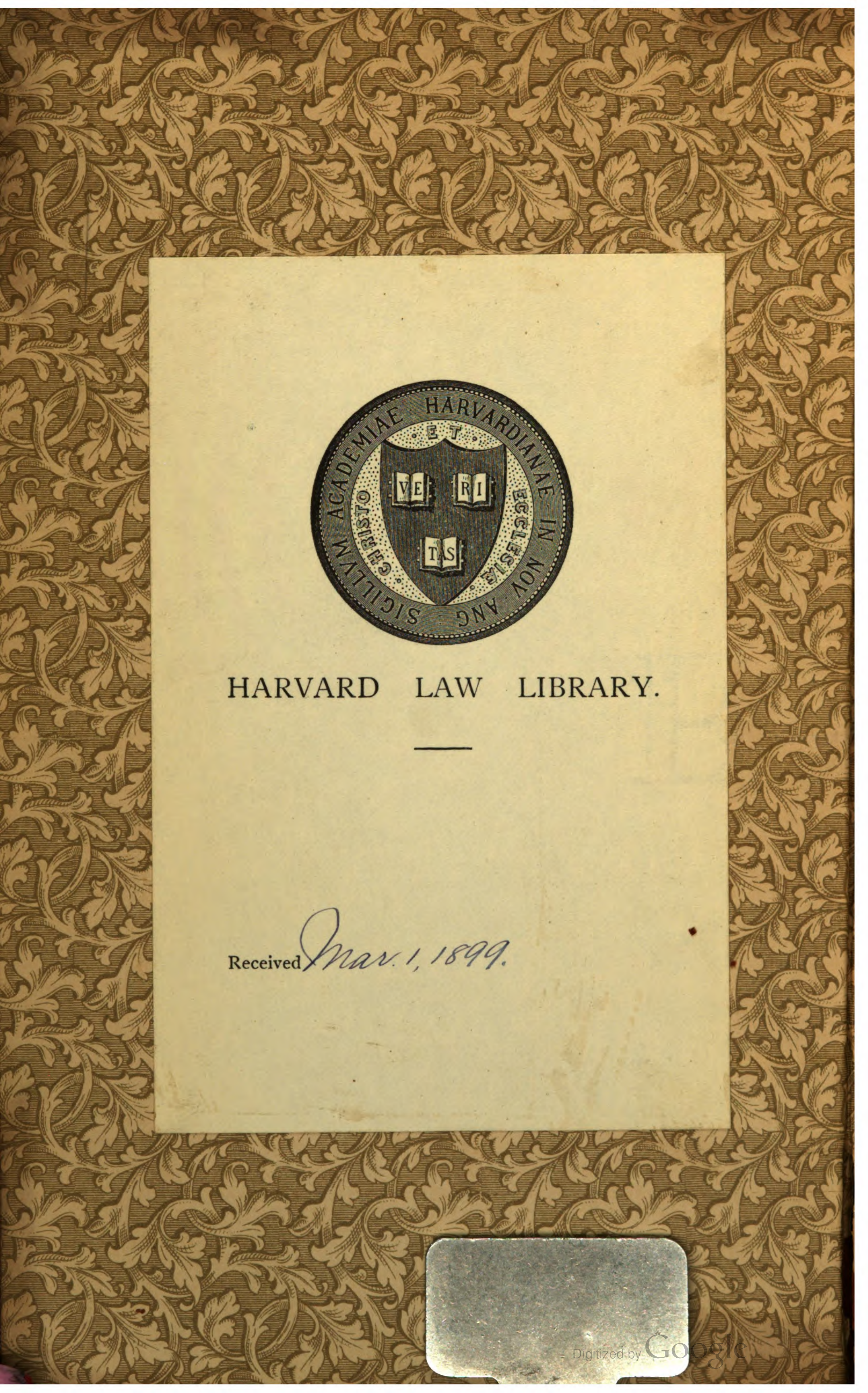
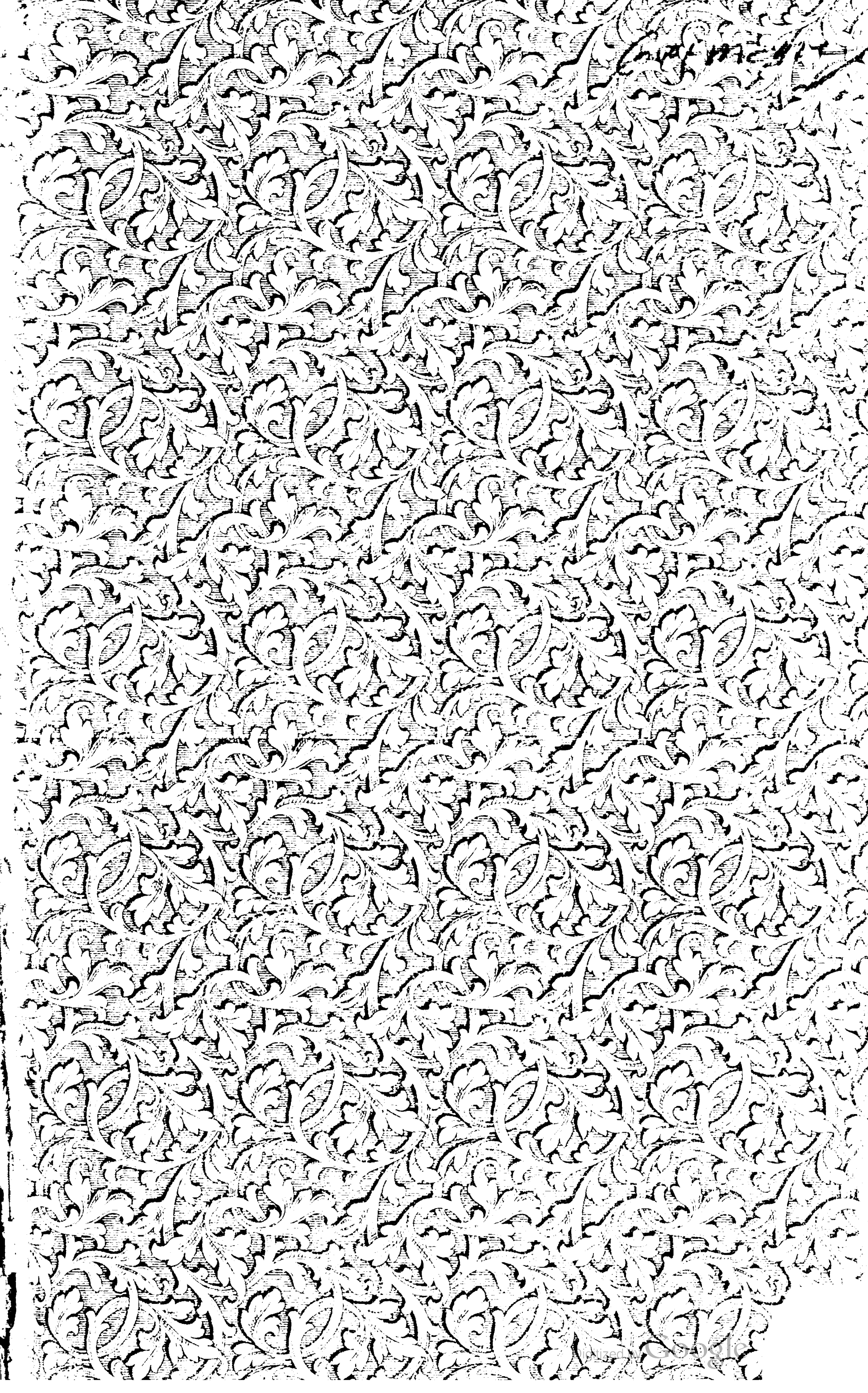



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received Mar. 1, 1899.
Digitized by Google



Beiträge

zur Lehre vom

Klagegrunde und der Beweislast

mit besonderer Beziehung auf gewisse obligatorische Verhältnisse, auf die Nichterfüllung und die Sicherung des Objects mittelst secundärer Leistungen.

Von

Hermann Gerber,

Justizamtmann zu Gehren im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

1858.

Vorrede.

Wer auch nur eine kleine Reihe von Jahren mit Ernst und Liebe die Rechtswissenschaft gepflegt hat, möge sein Beruf ihn mehr auf die theoretische, oder auf die praktische Richtung hinweisen, der braucht mit seinen Studien noch gar nicht allzu weit vorgedrungen und noch nicht allzu tief eingedrungen zu sein, um zu bemerken, daß der Boden seiner Wissenschaft an manchen Stellen noch ziemlich wüst und unbebaut liegt, an vielen anderen dagegen in Folge einer natur= und kunstwidrigen Cultur das unerquickliche Bild eines dunkeln und verworrenen Irrgartens darbietet.

Die übelste Rolle bei diesem Culturwerke ist im Allgemeinen gewiß dem Praktiker zugefallen. Zur Legitimation eines Mit=

arbeiters daran wird schon eine vollkommnere Herrschaft über den reichhaltigen Stoff erfordert, deren Erreichung ihm, dem Praktiker, sein Beruf nur zu sehr erschwert. Er ist daher in der Regel dazu verurtheilt, mit Demuth und Bescheidenheit abzuwarten, bis die Herrn der Wissenschaft geredet haben, und ihre Thätigkeit praktisch anwendbare Resultate geliefert hat.

Wenn es nun einmal nicht anders sein könnte, so möchte der Praktiker sich auch in Geduld darein ergeben und jene zögernde Ernte ruhig abwarten. Allein das Rechtsleben kennt darin keine Geduld. Es schafft unaufhörlich in seinem bunten und regen Treiben die mannigfaltigsten, verwickeltsten und dunkelsten Rechtsverhältnisse, die alle juristisch beleuchtet und beurtheilt sein wollen. An den Praktiker ist es zunächst gewiesen, vor seiner Thür steht es fortwährend, unermüdlich im Fragen, dringend der Antwort auf jede Frage harrend, unbekümmert darum, ob die Wissenschaft schon mit derselben fertig geworden sei, oder nicht. Möge also die Wissenschaft über diese und jene Frage noch gar keine, oder wenigstens nur unbefriedigende Resultate geliefert haben, der Praktiker muß sie beantworten und entscheiden. — Dies ist des Praktikers Noth. —

Wie aber die Noth überhaupt gar oft glückliche Gedanken in den Menschen erzeugt hat, so mag sie auch wohl vielfältig die Rechtswissenschaft in dieser Weise unterstützt haben. Wie mancher gute Gedanke mag schon einem Praktiker durch die Unmittelbarkeit der Eindrücke, welche das Rechtsleben ihm ge-

währte, und durch eine lebhafte Empfindung des wahren Rechtsbedürfnisses gekommen, wie mancher davon mag aber auch unentwickelt bei seinem Schöpfer zurück geblieben sein, ohne der Wissenschaft und dem Leben Früchte getragen zu haben!

Wenn nämlich dem bloßen Praktiker in der Regel diejenige Freiheit der Bewegung und diejenige Sicherheit im Experimentiren auf dem Felde der Wissenschaft nicht eigen sein kann, welche man mit Recht vom Theoretiker erwarten darf, so ist es für ihn immer ein sehr bedenkliches Unternehmen, mit wissenschaftlichen Versuchen in die Oeffentlichkeit hervor zu treten, und man wird es verständig nennen müssen, wenn er sich nur mit einer gewissen Zaghaftigkeit daran wagt. Dem ganzen juristischen Publicum aber würde es gewiß wohl anstehen, in solchen Fällen mit einzelnen hie und da hervortretenden, durch den Beruf zu entschuldigenden Schwächen wenigstens dann wohlwollende Nachsicht auszuüben, wenn der Versuch aus dem lauteren und redlichen Streben nach wissenschaftlicher Wahrheit hervorgegangen ist, sollte damit auch nur ein kleiner Beitrag zur Förderung wissenschaftlicher Interessen geliefert worden sein.

Eines solchen Strebens ist sich der Verfasser dieser kleinen Arbeit bewußt. Sein praktischer Beruf gab ihm die erste Veranlassung, über den dargebotenen Gegenstand tiefer nachzuforschen und nachzudenken. Ermuthigt durch die goldenen Worte Savigny's in der Vorrede zu seinem Systeme des heutigen römischen Rechts arbeitete er den gefundenen Stoff in

seinen Mußestunden nach und nach mit möglichster Sorgfalt aus.

Indem er es wagt, die Resultate dieser Studien hiermit der Oeffentlichkeit zu übergeben, bittet er mit geziemender Bescheidenheit, sie einer geneigten Aufmerksamkeit zu würdigen.

Gehren, im Juni 1857.

Inhalt.

III. Nachweisung der aufgestellten Principien aus den Quellen.

IV. Zusammenstellung und specielle Betrachtung einer Gruppe verschiedener Rechtsverhältnisse von dem gewonnenen Gesichtspuncte aus.

Einleitung. — Aufgabe; Rechtfertigung derselben. —

§. 1.

Aus dem Grundsatze, daß der Kläger sein Klagerecht, oder seinen Klagegrund beweisen müsse, auch wenn er in einer Negation bestehe, ziehen viele Rechtslehrer oft so harte Consequenzen, daß sich das natürliche Rechtsgefühl ganz entschieden gegen sie sträuben und zu der Annahme zwingen muß, jene Consequenzen seien entweder falsch gezogen, oder der Rechtssatz, aus welchem sie hergeleitet werden, sei in seiner Allgemeinheit mit der wahren Gerechtigkeit unvereinbar. Dahin gehört z. B. die Ansicht Bethmann-Hollweg's[1]), daß bei der Ausübung der lex commissoria des Kaufcontracts der Kläger die Negative, Käufer habe in der bestimmten Frist nicht gezahlt, beweisen müsse, weil dies die negative Bedingung sei, an welche das Revocationsrecht geknüpft worden wäre, während die Beweislast bezüglich der Bezahlung des Kaufpreises sich dann, wenn vom Verkäufer auf Erfüllung geklagt werde, allerdings umgekehrt gestalte.

Im Anschlusse an solche Lehren sind nun eine Menge mehr oder weniger ähnliche Fälle nach denselben Grundsätzen sowohl in der Theorie, als Praxis behandelt worden. Letztere namentlich hat in einigen besonders hervorstechenden Fällen wahrhaft unerträgliche Entscheidungen als Früchte jener

---

1) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 342.

Doctrin aufzuweisen. So wurde z. B. auf Grund einer mit der sogenannten clausula cassatoria, wonach, wenn die Zinsen nicht zur rechten Zeit bezahlt werden, der Gläubiger sofort und ohne die außerdem verabredete Kündigung das Capital einzuklagen berechtigt sein soll, versehenen Schuldverschreibung eine Executivklage erhoben, diese aber deßhalb abgewiesen, weil Kläger, von jener Clausel Gebrauch machend, nicht auch sofort durch Urkunden die Säumigkeit des Schuldners in der Zinszahlung liquid gemacht habe.

Solche Ansichten können aber schlechterdings in den Rechten nicht begründet sein, sie haften vielmehr wie eine leidige Krankheit an dem dagegen reagirenden Organismus des Rechts und der Rechtswissenschaft. Dies ist meine unverholene Meinung, welche auch, wie ich zuversichtlich glaube, von den meisten Theoretikern und Praktikern getheilt wird. Gegen die Unnatur solcher eigenthümlicher Rechtsansichten und Entscheidungen suchte man sonst einen Schutz zu finden in der Regel: „affirmanti, non neganti incumbit probatio," indem man Quellenaussprüchen, wie „negantis factum naturali ratione probatio nulla est" und ähnlichen ein Verständniß unterlegte, welches seitdem als Mißverständniß vollkommen überzeugend dargestellt worden ist [2]). Während also heutzutage der Grundsatz, daß die Negative, wenn sie sonst unerläßliche Voraussetzung des Klagerechts sei, gegen die Beweislast nicht schütze, als feststehend angenommen werden muß, so unterscheiden sich doch noch Theoretiker, wie Praktiker dadurch, daß ein Theil derselben aus jenem Satze, wie bemerkt, die

2) Man vergleiche nur Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung (3. Ausg.) VI. §§. 11—16, S. 108—129; dagegen Klötzer, Versuch u. s. w. und Kori, im Archiv für civ. Praxis Bd. VIII S. 90 flgg. und die Widerlegung dieser beiden Letztern von Linde in seiner Zeitschrift Bd. I S. 94 flgg.

grellsten und abschreckendsten Consequenzen zieht, der andere Theil aber die letzteren durch eine Art Präsumtionslehre, oder durch ein näheres Eingehen auf die besondere Natur der Rechtsverhältnisse und daraus hergeleitete Gründe zu vermeiden sucht.

Je mangelhafter aber die bisherigen Begründungsversuche der letzteren Art gewesen sind, um so gefährlicher für die Idee der Gerechtigkeit müssen noch immer die entgegengesetzten Lehren erscheinen. Denn sie behaupten jenen Versuchen gegenüber immer ein gewisses Uebergewicht durch den Vorzug einer imponirenden strengen Consequenz. Gleichwohl möchte man meinen, es müßten den Vertretern dieser Consequenz deren praktische Resultate oft selbst wehe thun. Es ist aber der Eifer für Beförderung der Negativenbeweise nach Weber in ein wahres Märtyrerthum für falsche Lehren ausgeartet, weil es an einer befriedigenden wissenschaftlichen Begründung der richtigen Ansichten fehlt.

Kehren wir zu dem oben aufgeführten Beispiele von der Beweislast bei der lex commissoria zurück und werfen wir einen kleinen Blick auf die wissenschaftliche Behandlung dieser von Kori (a. a. O.) zuerst angeregten Frage, so werden wir uns bald von der Treue des Bildes überzeugen, welches ich soeben über den Zustand dieser Lehre entworfen habe.

Kori [3]) erkannte wohl das Gewicht der theoretischen Gründe, aus welchen man das Klagerecht des Verkäufers auf Revocation nicht anders für begründet hält, als wenn eben der Käufer zur gehörigen Zeit Zahlung nicht geleistet hat. Bei seiner praktischen Richtung aber konnte er sich mit dem Gedanken nicht vereinigen, daß das Recht, wenn auch streng, doch vernünftig, vom Kläger den unnatürlichen Beweis der

---

3) Vergl. Anm. 2 zu diesem §.

Nichtzahlung erheische. Er griff deßhalb noch einmal gerade durch und suchte die allein vor einem vernünftigen Rechte bestehende Entscheidung dieser Frage durch ein Zurückgehen auf jene alte Regel von der Verwerflichkeit des Negativenbeweises überhaupt zu begründen und zugleich durch Vorhalt dieses äußerst grellen Falles die Regel selbst zu retten. Sein Versuch mißglückte jedoch.

Bethmann-Hollweg[4]) griff ebenfalls gerade durch und entschied die Frage in der oben bemerkten Weise. Er that dies, obwohl er sicherlich ebenfalls den Gegendruck des praktischen Bedürfnisses fühlte, aus vorherrschender Neigung zur wissenschaftlichen Consequenz, die ihm keinen anderen Ausweg zeigte.

Linde[5]), Heffter[6]) und Heimbach[7]) entschieden die Frage zwar an und für sich richtig, sie wichen aber zum Theil in der Begründung der Entscheidung von einander ab, während sämmtliche Begründungsweisen das gemeinschaftlich haben, daß sie das Gefühl einer vollkommenen Befriedigung nicht gewähren. Die beiden Erstgenannten behaupten eigentlich bloß, was die Consequenz B.-Hollweg's eben bestreitet, daß es nämlich keinen Einfluß auf diese Frage äußern könne, ob der Verkäufer auf Erfüllung, oder aus dem Nebenvertrage auf Revocation klage. Wie im ersteren Falle die geschehene Zahlung Gegenstand einer Einrede sei, so bleibe sie dies auch im zweiten, denn die lex commissoria modificire bloß die Contractsklage.

Der Beweis für diese bloße Behauptung ist aber mit die-

4) A. a. O.

5) A. a. O. S. 114—115.

6) Zusätze zu Weber's Verbindlichkeit zur Beweisführung (3. Ausg.) S. 237—238.

7) Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. I S. 51—52.

sen kurzen Bemerkungen um so weniger für erbracht zu halten, als ihr unter anderen auch das Bedenken entgegensteht, ob wohl die Sache, deren Eigenthum in Folge des Eintritts der lex commissoria nach der herrschenden Theorie als ipso jure zurückgefallen gedacht wird, mit der persönlichen Contractsklage, oder mit der Vindication zurückgefordert werde[8]).

Heimbach macht erst die Concession, daß der Klagegrund in der Nichtleistung dessen, was dem Beklagten obliege, zu finden sei, sagt aber dann, die Unterlassung der Leistung könne jedoch nie der Kläger zu beweisen haben, vielmehr habe der Beklagte stets zu excipiren und zu beweisen, daß er zur bestimmten Zeit geleistet habe. Der innere Zusammenhang dieses Begründungsversuches ist nun aber nicht wohl begreiflich; denn die zweite Behauptung steht mit der ersten Concession in directem Widerspruche. Man ersieht hieraus, wie übel es noch um die wissenschaftliche Wahrheit in diesem Punkte steht. Die Consequenz Bethmann-Hollweg's wirkt erstarrend auf das Rechtsleben, imponirt aber in der Theorie. Die bisherigen entgegengesetzten Versuche wirken dagegen in jeder Beziehung niederschlagend; denn das unabweisbare praktische Bedürfniß fordert sein gutes Recht auf offenem, geradem Wege und will es nicht von der Theorie erschlichen sehen. Man ersieht hieraus ferner, daß die verschiedenen über die Beweislast aufgestellten generellen Regeln, welche Helmolt[9]) nicht ohne Grund Phrasen nennt, uns nicht viel nützen können, so lange in der Wissenschaft noch so viel Unklarheit und Zwiespalt über das eigentliche Wesen des Klagegrundes sowohl im Allgemeinen, als im Einzelnen

8) Vergl. Vangerow, Pandekten Bd. I. S. 117 flgg. und Savigny, System Bd. III. S. 154—156.

9) Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, im Vorworte.

herrscht. Jene Regeln sind richtig charakterisirt, wenn man sie als dunkle Orakelsprüche bezeichnet, die oft wieder auf andere eben so dunkle Orakel verweisen. Denn, wenn man sich auch z. B. gar nicht mehr darüber streiten wollte, daß derjenige, „qui agit, id, quod intendit“ beweisen müsse, so müßte man doch in vielen concreten Fällen, wie die Erfahrung genugsam lehrt, erst recht ernstlich darüber streiten, wer denn der „qui agit“ nebst seinem Piedestal, worauf er sich gründet, eigentlich sei. Wie oft entzieht die Dunkelheit des concreten Falles dem prüfenden Blicke die in schwachen Umrissen gegebenen Merkmale der Regel, unter deren Herrschaft er stehen soll! Wie viele juristische Räthsel giebt es hier noch zu lösen! Die Schwierigkeiten, welche diesen Lösungen entgegenstehen, haben schon so manchen Kopf und so manche Feder in Thätigkeit und in Bewegung gesetzt, und noch immer kann man nicht sagen, daß sie vollständig überwunden seien.

Aber die vielfachen bisherigen Versuche, diese Fragen zu einem gedeihlichen Abschlusse zu bringen, konnten meines Erachtens einen vollkommneren Erfolg deßhalb nicht erreichen, weil man meistens Alles aus generellen Regeln deduciren zu können meinte und dabei nicht genug berücksichtigte, daß dergleichen Regeln erst aus der aufmerksamsten Anschauung concreter Verhältnisse abstrahirt und formulirt werden können und deßhalb ein gründliches Zurückgehen auf diesen Ursprung derselben unerläßlich sei. Denn aus solchen sorgfältigen Detailuntersuchungen kann erst die Probe der Aechtheit jener Regeln und in Zweifelsfällen ein richtiges Verständniß und eine richtige Anwendung derselben gewonnen werden. Die Erfolge solcher Detailuntersuchungen hängen übrigens meines Erachtens zu einem großen Theile mit von der gewählten Methode ab. Betrachtet man nämlich ein Rechtsverhältniß im Stadium der Klagbarkeit, um zu untersuchen, welche Be-

standtheile desselben den Klagegrund bilden, so wird man sehr bald erkennen, wie nützlich und förderlich hier eine Vergleichung mit anderen, ähnlichen Rechtsverhältnissen ist. Dergleichen Versuche pflegen gerade zu den ergiebigsten Beobachtungen zu führen, wenn es dadurch gelingt, eine Gruppe von Rechtsverhältnissen, welche sich an dem betreffenden Punkte berühren, unter diesen einzigen Gesichtspunct zusammenzufassen und einer gemeinschaftlichen Untersuchung zu unterwerfen. Eine solche Richtung der Studien wird auch bei nachfolgenden Erörterungen oft zu erkennen sein.

Indem ich zunächst, wie schon angedeutet worden ist, von der Betrachtung der lex commissoria ausging, fand ich, daß durch sie weiter kein Rechtszweck verfolgt werde, als die Vorausbestimmung einer gewissen rechtlichen Folge der Nichterfüllung der Hauptobligation. Diese Wahrnehmung führte sehr natürlich zu einer Vergleichung dieser mit anderen Folgen der Nichterfüllung, sowie ferner auf den Gedanken, daß die verschiedenen rechtlichen Folgen der Nichterfüllung unter einander gewisse Berührungs- und Anknüpfungspunkte darbieten müßten, welche für eine richtige Begrenzung des Klagegrundes in diesen Rechtsverhältnissen von Einfluß sein möchten. Um jedoch auf diesem Wege zum vorgesteckten Ziele zu gelangen, empfindet man vorerst immer noch das Bedürfniß einer festeren Basis für jene Untersuchungen. Diese findet man aber nur in der principiellen Feststellung des Verhältnisses der hier in Betracht kommenden verschiedenen processualischen Factoren zu einander und zu den obersten Regeln über die Beweispflicht.

Da mir selbst hierüber noch keine vollkommene Klarheit zu herrschen scheint, so werde ich, bevor ich auf meinen eigentlichen Stoff näher eingehe, erst von dieser allgemeineren Frage handeln und darüber meine Ansichten, soweit es mir

für den gegenwärtigen Zweck erforderlich zu sein scheint, im Nächstfolgenden mittheilen.

I.

Allgemeine Untersuchungen über Beweislast und Klagegrund.

Princip der Beweislast. Klagegrund [1]).

§. 2.

Die Anstellung einer Klage bezweckt die Erreichung oder Erhaltung des entzogenen, oder nur gestörten Genusses eines Rechts. Dieser Zweck bedingt die Entsagung eines entsprechenden Vortheils auf der andern Seite. Dem Richter steht aber die energische, endliche Beförderung jenes Zweckes nur dann zu, wenn das behauptete Recht wirklich existirt und vom angegriffenen Theile verletzt ist. Die Merkmale dieser Voraussetzungen sind nun zunächst thatsächlicher Natur, nur aus Thatsachen, wozu übrigens Willensäußerungen jeder Art gehören, kann der Richter erkennen, ob ein Recht und eine Störung desselben vorhanden sei. Der Richter, nur mit menschlichen Eigenschaften ausgestattet, kann aber nicht von allen Thatsachen Kenntniß haben, und es wird im Gegentheil richtiger vorausgesetzt, daß er von den Thatsachen, auf welche es im concreten Falle ankommt, keine Kenntniß habe. Eine Veranlassung, sich diese Kenntniß aus eigenem Antriebe zu

1) Was die Literatur über diesen Gegenstand anbelangt, so kann ein specielleres Eingehen auf dieselbe den hier verfolgten Zweck nicht besonders fördern. Sie ist aber auch bekannt genug. Ich begnüge mich mit einer allgemeinen Hinweisung auf B.-Hollweg's Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses, Abhandlung V und Heffter's Zusätze zu Weber's Verbindlichkeit zur Beweisführung.

verschaffen, liegt für den Richter bei der Herrschaft des Grundsatzes „judicio contrahitur“ nicht vor. Es könnte also nur die Frage entstehen, ob es der einen oder der anderen Partei, oder vielleicht beiden, und zwar in wieweit es ihnen obliege, sich darum zu bemühen. Wenn nun des Klägers eigener Vortheil, welchen er eben erstrebt, davon abhängt, daß der Richter Kenntniß von den Thatsachen, aus welchen sein Recht und dessen Störung hervorgeht, erlange, so ist auch wohl Nichts natürlicher, als daß der Richter die Quellen seiner Ueberzeugung zunächst vom Kläger fordere. Dieser will ihn ja eben bewegen, Etwas zu seinem Besten als wahr anzunehmen. Aus diesem ganz einfachen, natürlichen Principe entspringt der oberste Rechtssatz über die Beweispflicht: „Actor probare debet, quod intendit.“

Intendere heißt in diesem Sinne so viel, als ein Klagerecht ausüben, daher der Satz, Kläger müsse sein Klagerecht, seinen Klagegrund beweisen, die vollkommen zutreffende Verdeutschung jener römischen Regel enthält. Streng genommen ist nun das „intendere“ als auf den gegenwärtigen Bestand des Rechtes gerichtet zu nehmen, sowie das Klagerecht diesen ebenfalls voraussetzt. Denn darauf kann wenigstens im Hinblick auf das letzte Ziel des Processes Nichts ankommen, ob man die geklagte Forderung, oder das Eigenthum an der geklagten Sache früher einmal erworben habe; noch weniger kann es zur vollen richterlichen Ueberzeugung, streng genommen, genügen, wenn noch Zweifel gegen die Wirklichkeit der ursprünglichen Entstehung des Rechtes denkbar sind. Das Recht muß wirklich zur Zeit der Entscheidung existiren. So beziehen auch die Römer das „intendere“ an und für sich auf die Gegenwart, indem sie z. B. sagen „actiones, quibus dare facere oportere, rem suam esse, intenditur.“

Damit sind aber die Bestandtheile des Klagegrundes noch

nicht erschöpft. Denn die Existenz eines Rechts kann an sich vernünftigerweise keine Veranlassung zur Klagerhebung abgeben; es würde nichts Widersinnigeres geben, als ein Klagerecht ohne Störung des Zustandes des Rechtsfriedens, ohne Rechtsverletzung.

Fassen wir dies Alles zusammen [2]), so kommen wir zunächst zu dem Schlusse, es sei nicht bloß dem Sinne jenes obersten Rechtsgrundsatzes über die Beweispflicht, sondern auch dem Geiste der Gerechtigkeit angemessen, daß dem Kläger der Beweis der sämmtlichen so eben als wesentlich aufgeführten Bestandtheile des Klagegrundes obliege.

Um zu sehen, zu welchen Resultaten diese Strenge führen würde, müssen wir zunächst untersuchen, worin dieser Beweis des Klägers bestehen würde.

Beweis der Existenz eines Rechts und der Rechtsverletzung.

§. 3.

In Bezug auf die Existenz des Rechts selbst bedingt dieser Beweis eine Analyse und dann eine geschichtliche Reproduction des ganzen fraglichen Rechtsverhältnisses von seiner Entstehung an. Ein Rechtsverhältniß entsteht, entwickelt sich und erlöscht wieder durch Thatsachen von juristischer Wirkungskraft. Nach der Wirkung, welche das Recht den Thatsachen beilegt, zerfallen diese in zwei Hauptabtheilungen, nämlich in solche, welche die Entstehung zu fördern und solche, welche sie zu hindern, oder auch das schon entstandene Recht zu vernichten geeignet sind, also in Thatsachen von positiver und negativer Wirkungs-

2) Daß bei diesen ganzen Betrachtungen dasjenige Vertheidigungsmittel, welches die Römer exceptio nennen, und dessen Verhältniß zur Existenz des Klagerechts gänzlich ausgeschlossen bleibt, bedarf wohl kaum einer Erwähnung.

kraft. Von beiderlei Thatsachen giebt es eine unzählige Menge, und ihre Combinationen sind unerschöpflich, wie die der verschiedenen denkbaren Beziehungen der Menschen unter einander. Eine einzige aber kann genügen, um die ihr eigenthümliche Wirkung vollständig hervorzubringen. — Hieraus folgt nun, daß zur vollen Herstellung jenes Beweises zwar von Seiten der positiv wirkenden Thatsachen der Nachweis einer einzigen genügen könnte, daß aber dagegen bezüglich der negativ wirkenden Thatsachen der Kläger den Nachweis liefern müßte, daß keine einzige irgend mögliche Einwirkung der Art Statt gefunden habe.

Mit diesem Erfordernisse würde aber, weil es die menschlichen Kräfte unbedingt überbietet, sofort die Möglichkeit einer gerichtlichen Rechtsverfolgung aufhören.

Was hiernächst den Beweis der Rechtsverletzung anbelangt, so ist derselbe aus leicht zu begreifenden Gründen ebenso unerläßlich, aber auch im Ganzen sehr einfach bei dinglichen Klagen. Meine Aufgabe erfordert aber nur, daß ich die Contractsobligationen in den Kreis meiner desfallsigen Betrachtungen ziehe.

Diese Obligationen verdanken ihren Ursprung eben so sehr dem Willen des Gläubigers, wie dem des Schuldners. Ihre Entstehung kann also keine Rechtsverletzung enthalten, denn sonst würde der Gläubiger sein Recht selbst mit verletzen. Daß Letzterer die Erfüllung erwartet und zu erwarten berechtigt sei, kann aber eben so wenig als Rechtsverletzung angesehen werden, denn auf diese Berechtigung ist ja eben sein Wille auch gerichtet. Also nur die Täuschung dieser seiner Erwartung kann eine Rechtsverletzung enthalten. Bei diesen Obligationen giebt es daher

keine Rechtsverletzung weiter, als eben die Nichterfüllung [1]).

Da aber das obligatorische Verhältniß in der Erfüllung neben seiner Befriedigung zugleich auch seine Wiederauflösung und Vernichtung findet, so ist die Nichterfüllung für den Kläger sowohl Rechtsverletzung, als auch die Negation der Existenz einer negativ wirkenden Thatsache, nämlich der Erfüllung. In letzterer Eigenschaft enthält sie ein Beweismoment für die Fortdauer und den gegenwärtigen Bestand des Rechts, in ersterer aber begründet sie eine Störung dieses Rechts, welches eben seiner Natur nach durch Aufhebung befriedigt sein will. Beide verschiedene Eigenschaften und Wirkungen vereinigen sich also hier in einer und derselben Thatsache, als welche denn doch die Nichterfüllung zu betrachten ist. Wie nämlich die Erfüllung eine positive Thatsache von negativer Wirkung ist, so ist die Nichterfüllung eine negative Thatsache von positiver Wirkung.

Collision verschiedener Principien. Vermuthungen.

§. 4.

Es ist eben ausgeführt worden, daß der gegenwärtige Bestand eines Rechts, streng genommen, die Abwesenheit aller Thatsachen von negativer Wirkungskraft voraussetze, es ist aber auch deutlich darauf hingewiesen worden, daß das Recht, wenn es auch diesen Beweis dem Kläger auflegte, seinem obersten natürlichen Principe, der Vernunftmäßigkeit, Hohn sprechen würde, weil einem solchen Erfordernisse gegenüber jeder Versuch, ein Recht vor Gericht geltend zu machen, gleich von vorn herein als eitel erscheinen müßte.

Zwar ist es eine bekannte Sache, daß das Recht in der

1) Vergl. Sintenis, Prakt. Civilrecht §§. 27—28.

That eine solche Anforderung an die Recht Suchenden nicht stellt, sondern vielmehr dem Gegner es überläßt, sich auf solche Thatsachen von negativer Wirkung zu berufen und sie zu beweisen. Dessen ungeachtet hat man immer die Collision dieser Entscheidung des Rechts mit jenem obersten Grundsatze über die Beweispflicht, daß der Kläger sein Klagerecht beweisen müsse, sowie das Bedürfniß gefühlt, jene Collision auf eine den Ansprüchen der Wissenschaft genügende Weise zu beseitigen. Die Collision ist nicht zu leugnen. Denn man denke sich nur die zwei Fälle, wenn der Kläger sein Recht aus einem Rechtsgeschäfte ableitet, welches wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit seines Gegners null und nichtig ist, oder wenn er eine Forderung einklagen will, die bereits durch Zahlung getilgt ist. In beiden Fällen existirt gar kein Recht, auf welches er seine Klage gründen könnte; folglich könnte auch eigentlich von der wirklichen Existenz eines Klagerechts, eines Klagegrundes und der Nativität der Klage keine Rede sein. Wenn der Beklagte jene Nichtigkeitsgründe vorschützt und beweist, so stellt sich die Sache in der That auch so heraus, die Klage wird abgesprochen, aber freilich erst hinterher. Bis dahin aber wird dem Kläger, der jene Thatsachen natürlich nicht zur Sprache bringt, ein Klagegrund ohne Weiteres zugestanden, während sein Gegner in die Nothwendigkeit versetzt wird, entweder sich gegen den noch als ungewiß zu betrachtenden Rechtsanspruch zu vertheidigen, oder durch Passivität, nämlich stillschweigendes Zugeben der Nichtexistenz negativ wirkender Thatsachen an der Begründung des Klagerechts mit zu helfen, sie wenigstens formell zum Abschlusse zu bringen. Dieser Gesichtspunkt stellt sich ganz entschieden und unleugbar hinterher heraus; es muß dann, wenn solche Thatsachen erwiesen werden, anerkannt werden, daß entweder das fragliche Recht re vera niemals, oder wenigstens zur Zeit der Klager-

hebung nicht mehr existirt habe. Gleichwohl war vorher die Klage als begründet angenommen worden.

Zur Beseitigung dieser Collision hat die Theorie und Praxis immer Präsumtionen aufgestellt und zur Geltung zu bringen gewußt, welche im Wesentlichen den Inhalt haben, es werde, wenn die allgemeinen Erfordernisse und die äußern Merkmale der Entstehung eines Rechts dargethan worden seien, vermuthet,

1) daß besondere Hindernisse dieser Entstehung nicht vorhanden seien,
2) daß das einmal als entstanden vermuthete Recht auch fortgedauert habe bis zur Gegenwart.

So verschieden und mannigfaltig auch die darüber ausgedachten Regeln ausgedrückt sind, so haben sie doch immer diesen Hauptsinn [1]).

An und für sich gehört nun wohl eine große Vermuthungslust dazu, sich diese Vermuthungen wirklich anzueignen. Die außerordentlich vielen und vielgestaltigen auf Richtigkeit des Klagerechts abzweckenden Vertheidigungsmittel und die reiche Erfahrung so außerordentlich häufiger Fälle, in denen sie mit Erfolg im Rechtsleben gebraucht werden, müßten doch wohl, sollte man meinen, jedem Richter gar bald dergleichen Vermuthungen verleiden. Freilich mag es auch mit manchen anderen Vermuthungen, z. B. mit der für die eheliche Vaterschaft, in dieser Beziehung oft nicht viel besser bestellt sein. Allein diese ist einmal aus moralischen und politischen Gründen nothwendig, dann aber auch gesetzlich sanctionirt. Bei-

1) Citate wird man mir gern erlassen, denn diese Lehre wiederholt sich wie ein Echo in jedem diesen Gegenstand berührenden Werke und Schriftchen.

des kann man dagegen von den hier zu besprechenden Vermuthungen nicht sagen. Die Eigenschaft der Nothwendigkeit könnte man ihnen bloß deßhalb zuzuschreiben geneigt sein, weil man gegen die oberste Regel über die Beweispflicht eines exceptionellen Princips bedarf. Dazu sind aber jene Vermuthungen in der That nicht geeignet; sie können, des Kerns innerer Gründe entbehrend, überhaupt ein lebensvolles Princip, welches hier Bedürfniß ist, nicht abgeben; sie können höchstens als ein todtes logisches Hülfsmittel, welches erst hinterher, nachdem das Princip seine Schöpfung breits vollbracht hat, für seine Functionen Raum gewinnt, Duldung beanspruchen.

Auf Nichts weiter, als auf unbegründete Vermuthungen laufen aber auch die Versuche hinaus, das desiderirte Princip rein aus den Gesetzen der Logik und dem richterlichen Schlußfolgerungsrechte zu entwickeln und insbesondere die Vermuthung für die Fortdauer nicht auf das thatsächliche, sondern auf das Rechtsverhältniß selbst zu beziehen. Es giebt kein gemeinrechtliches Gesetz, welches dem Richter derartige Vermuthungen und Schlußfolgerungen erlaubte, oder gar zur Pflicht machte, und den Gesetzen der formalen Logik ist eine solche Macht durchaus nicht zuzugestehen. Sie vermögen nicht, den Rechtsstoff unmittelbar zu erzeugen oder zu vermehren. Erst, wenn die Materie vorhanden ist, beginnt ihre Herrschaft, welche sich auf das Ordnen, Formen und Gestalten beschränkt. Insofern laufen denn alle diese Präsumtionstheorieen auf eine petitio principii hinaus.

Was insbesondere die Vermuthung für die Fortdauer des Entstandenen betrifft, so ist sie naturgemäß, wie gesetzlich, so wenig auf factische, wie auf rechtliche Verhältnisse anwendbar. Diese sind gerade so wandelbar und endlich, wie

jene. Und, wenn neuerlich [2]) gesagt worden ist, der Schluß auf das Entstandensein [3]) müsse nach einem einfachen Gesetze der Logik so lange anerkannt werden, als nicht ein neuer Umstand hinzutrete, der einen Schluß anderer Art rechtfertige, so ist damit unserer Sache Nichts geholfen. Denn zugegeben, daß das Entstandensein eine, wenn auch noch so geringe, Fortdauer nach den Gesetzen der Natur immer bedinge, so erlaubt diese Wahrheit nach den Gesetzen der Logik doch immer bloß einen Schluß darauf, daß irgend eine Fortdauer in der Vergangenheit als abgeschlossene Thatsache Statt gefunden habe. Ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer ist hier weder durch innere Vernunftgründe, noch durch positive Gesetze geboten oder gerechtfertigt. Bezüglich der Fortdauer factischer Zustände erlauben letztere entschieden weder eine Vermuthung, noch einen derartigen Schluß; vielmehr ist das Gegentheil davon, worauf bereits Andere mit Grund aufmerksam gemacht haben, in der Lehre vom Besitze anerkannt worden.

Das römische Recht ist sicher an dieser ganzen Vermuthungstheorie unschuldig; die Stellen, auf welche man sich für dieselbe bezieht, geben bloß einfache Entscheidungen über Beweispflicht, ohne sie jedoch auf Vermuthungen zu gründen [4]). Man möchte fast glauben, daß die Ueberschrift des Titels „de probationibus et praesumtionibus" die erste Veranlassung zu jener Theorie gegeben habe. Allein diesem Umstande dürfte man im Hinblick auf die Geschichte der Ent-

2) Reinhold, Beiträge zur Lehre von den Einreden und der Beweislast in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, neue Folge, Bd. 13, §. 8 der Abhandlung.

3) Aber auch dieser muß ja erst gerechtfertigt werden.

4) Z. B. L. 5 §. 1, l. 9, 12, 22 u. 25 §. 2 D. de probat. (22. 3); L. 1, 11, 12 u. 16 Cod. eod. tit. (4. 19).

ziehung der Digesten eine solche Wichtigkeit um so weniger beilegen, als der Inhalt der Titel andere Urheber hat, als die Ueberschriften. Namentlich aber läßt der Inhalt des Digestentitels „de probationibus et praesumtionibus" keineswegs einen so weit gehenden gesetzlichen Einfluß von allgemeinen Präsumtionen auf die Beweispflicht annehmen, als man aus dem Zusatze „et praesumtionibus" anzunehmen verleitet werden könnte. Denn in dem ganzen Titel wird der Präsumtion nur zweimal Erwähnung gethan, nämlich in l. 24 und 25 pr. — Abgesehen jedoch von der Verdächtigkeit der letzteren [5]) und wohl auch der vorhergehenden Stelle [6]), ist daraus eigentlich Nichts für unsere Vermuthungstheorie zu entnehmen; denn sie sind beide auf die formelle Verpflichtungskraft von Handlungen zu beziehen, in denen eine Anerkennung liegt [7]).

Quellenaussprüche über den Beweis des Klagegrundes und das den betreffenden Regeln zum Grunde liegende Princip.

§. 5.

In den vorhergehenden Paragraphen ist gezeigt worden, daß zum Beweise des Klagerechts, streng genommen, viel mehr gehört, als was das Recht in dieser Hinsicht vom Kläger verlangt und daß deßhalb eine Collision verschiedener Regeln mit einander anzunehmen ist, welche man durch die Vermuthungstheorie zu beseitigen gesucht hat. Zuletzt ist aber auch gezeigt worden, daß diese Theorie die hier vorhandene

5) Vergl. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, §§. 22 u. 23.

6) Die Worte: „licet praesumptione debitor liberatus esse videtur" scheinen mir ebenfalls interpolirt zu sein.

7) Bähr a. a. O. §§. 20 u. 58, S. 235 Anm. 5.

Lücke auszufüllen nicht geeignet ist. Dennoch darf man nicht an der Nothwendigkeit und Wirklichkeit eines vermittelnden, jenen scheinbaren Widerspruch auflösenden Princips zweifeln, und es soll im Nächstfolgenden versucht werden, die in unseren Rechtsquellen vorhandenen Spuren desselben nachzuweisen. Bezüglich der Ergiebigkeit für diesen Zweck behauptet wohl die L. 12 D. de probat. (22. 3) vor allen anderen Stellen den Vorzug, und ihre genauere Betrachtung ist deßhalb unerläßlich. Celsus sagt hier:

„Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis, refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus, se in testamento legasse, id fecerit, ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur, nam si creditum petam; ille respondeat, solutam esse pecuniam: ipse hoc probare cogendus est, et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare judici debet.“ —

Die besondere Wichtigkeit dieser Stelle beruht nämlich darin, daß der Autor sich nicht mit der nackten Entscheidung der Frage begnügt, sondern sich auf nähere Andeutungen des motivirenden Princips der Rechtsregel einläßt. Er redet lediglich von denjenigen thatsächlichen Behauptungen, welche auf eine directe Verneinung des Klagerechts selbst abzwecken; er deutet unverkennbar darauf hin, daß man, um consequent zu sein, die negirte Behauptung, daß das Legat habe verdoppelt werden sollen, eigentlich als einen Bestandtheil des Klagerechts ansehen und in Folge dessen dem Kläger den Beweis dieses Satzes auflegen müsse; er gesteht also die Collision der nach-

folgenden Entscheidung mit der obersten Regel über die Beweispflicht zu: prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit." Gleichwohl, sagt er weiter, werden einige Beweise vom Beklagten erfordert, Beweise also, die sich eigentlich nur auf das „quod intendit petitor" beziehen. Es liegt also diesen Worten unverkennbar folgender Ideengang zum Grunde: Man könnte auf den ersten Augenblick zweifeln, welche Vertheilung der Beweislast die aequitas hier fordere. Dieselbe aequitas, aus welcher der Satz fließe, daß der Kläger seinen Klagegrund zu beweisen habe, statuire jedoch, ja bedinge sogar gewisse Ausnahmen von dieser Regel, sie fordere oft von beiden Theilen Beweise und verlange namentlich auch vom Beklagten gewisse Beiträge zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung bezüglich der Frage, ob das Klagerecht wirklich und gegenwärtig existire, oder nicht. Warum dies so sein müsse, wird hier nicht erwähnt, weil der Grund an sich sonnenklar ist. Die Frage, welche Beiträge dies sein müssen, ist aber durch die zwei Beispiele, welche Celsus giebt, vollkommen erschöpfend beantwortet. Er sagt, wie der Beklagte, wenn er die geschehene Bezahlung der Schuld behaupte, dies beweisen müsse, ebenso habe er auch die Wirkungslosigkeit des letzten Willens, auf welchen Kläger seinen Anspruch gründet, darzuthun. Durch diese Vergleichung der beiden Fälle und diese Art der Erklärung des einen aus dem anderen erkennt der Jurist an, daß beide thatsächliche Behauptungen einer Hauptgattung angehören, und daß die Beweislast bei beiden durch ein und dasselbe Princip regulirt werde. Es ist dies die Gattung der oben bereits erwähnten, negativ auf das Rechtsverhältniß einwirkenden Thatsachen, welche wieder in zwei Unterabtheilungen zerfallen, jenachdem sie den Entstehungsproceß sofort paralysiren, oder das bereits entstandene Rechtsver-

hältniß wieder vernichten. Beide Arten sind in den Beispielen, die Celsus giebt, vertreten.

Daß nun das Princip, unter dessen Herrschaft diese zweite Regel über die Beweispflicht entstanden ist, eine exceptionelle Natur habe, muß nach obiger Ausführung wohl anerkannt werden, und dies wird auch in dieser Stelle anerkannt. Dagegen ist es mehr als unwahrscheinlich, daß den Römern unsere Präsumtionstheorie als dies Princip gegolten und daß sie dem Autor dieser Stelle vorgeschwebt habe. Denn es würde hier für jeden der beiden Fälle eine andersartige Vermuthung [1]) Statt finden und die wesentliche Verschiedenheit beider Vermuthungen würde die Erklärung des einen Falls aus dem andern, wie sie Celsus giebt, ausschließen. Wäre den Römern diese Vermuthungstheorie schon eigen gewesen, so würde in dieser Stelle, wo die Veranlassung dazu so nahe lag, gewiß eine nähere Andeutung derselben gegeben worden sein. Satt deren finden wir darin, wenn wir den Ideengang des Juristen genauer verfolgen, lediglich eine Bezugnahme auf die aequitas, die Vernunftmäßigkeit des Rechts, deren sich die Römer als der ersten Quelle ihres Rechts zu rühmen hatten. Das römische Recht sieht also diese zweite Beweisregel als einen, künstlicher Vermittelung nicht bedürftigen, unmittelbaren Ausfluß der aequitas an. So nur erklärt es sich, wenn es die Römer eine „generalis regula" nennen, „quae eos, qui solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit" [2]). Nach der Präsumtionstheorie würde die generelle Vermuthung für die Fortdauer der Verhältnisse den Platz der Regel einnehmen, und

1) Einmal die Vermuthung der Fortdauer, einmal die der Abwesenheit besonderer Hindernisse.

2) L. 25 §. 2 D. de probat. (22. 3).

dagegen das, was die Römer für die Regel selbst so entschieden ausgeben, nur eine besondere Anwendung derselben sein. Es würde alsdann ferner der Beweis der Zahlung als bloßer directer Gegenbeweis zu betrachten und in diesem Falle der Ausdruck „qui contendunt" übel angebracht sein. Denn dieser Ausdruck deutet wegen seiner Verwandtschaft mit „intendere" darauf hin, daß das Verhältniß des Beklagten bezüglich dieses zu seinem Departement gehörigen Streitmaterials als ein solches angesehen wird, welches dem des Klägers bezüglich der intentio analog ist.

Man könnte nun zwar sagen, das Recht könne sich immer noch jener Präsumtionen zur Vermittelung dieser Regel bedienen. Dies würde jedoch ein Irr- und Umweg sein, der weder das römische Recht, noch überhaupt eine vernunftmäßige Nothwendigkeit für sich hat. Die Regel erklärt sich ohne dies schwache Hülfsmittel unmittelbar aus der Natur der Sache, wie demnächst noch ausführlicher gezeigt werden wird.

Theoretisch-praktische Entwickelung des Princips.

§. 6.

Man halte nur fest, daß der Beweis eines klagbar gemachten Rechts durch die Analyse des Rechtsverhältnisses und die Reproduction seiner thatsächlichen Factoren vor dem Richter vermittelt wird.

Hierbei wird tabula rasa gemacht, und das Recht vollständig in Frage gestellt. Um den Richter davon zu überzeugen, geht der Kläger in die Vergangenheit zurück und sucht dort die für seine Seite förderlichen Momente auf. Der Beklagte folgt ihm auf diesem Gange und verfährt ebenso, um den Richter vom Gegentheile zu überzeugen. Beiden folgt auf diesem Gange in die Vergangenheit die richterliche Auffassung und Reflexion, um mit ihnen dann bereichert an Ueber-

zeugungen zur Gegenwart zurückzukehren und diese mit den so gewonnenen Stoffen zu beleuchten. Die förderlichen Momente, welche jeder Theil für sich aufzuweisen sucht, sind die thatsächlichen Factoren des Rechtsverhältnisses. Der Richter hat den Einfluß dieser Factoren auf seine Ueberzeugung anzuerkennen, sobald sie den vom Rechte erforderten Grad von Stärke und Vollständigkeit haben. Das Recht nimmt aber diesen Grad z. B. zu Gunsten des voranschreitenden Klägers dann an, wenn die von ihm reproducirten Factoren an und für sich die Fähigkeit besitzen, die Entstehung des in Frage gestellten Rechts zu bewirken. Diese Anerkennung ist frei von aller Vermuthung, denn die Selbstständigkeit dieser Factoren bedingt, daß andere Umstände, welche bloß ihre Wirkung hemmen, oder wieder zerstören, darum weder ihre (jener Factoren) eigene Existenz vernichten, noch ihrer Stärke und Vollständigkeit an sich Eintrag thun. Letztgemeinte Umstände, welche wieder selbstständige Factoren auf Seiten des Gegners sind, üben vielmehr bloß einen Einfluß auf das Product der auf der Seite des Klägers stehenden Factoren, nicht auf sie selbst aus, daher denn auch die Negation, oder die Kehrseite dieser entgegenstehenden Umstände im processualischen Verfahren nie als Supplement eines vom Kläger aufgeführten Factoren angesehen werden kann. Man kann diese beiden Gattungen der einander entgegenstehenden Factoren nach ihrer Bestimmung im Processe durch die Bezeichnung als Angriffs- und Vertheidigungs-Factoren von einander unterscheiden. Die letztere Art steht zu der ersteren nach obigen Aufklärungen in demselben Verhältnisse, wie die exceptio des römischen Rechts zum Klagerechte. Auch diese alterirt nicht das letztere selbst, sondern nur dessen Wirkungen. Nach obigen

Ausführungen wird man auch den ganz gesunden Sinn der praktischen Regel „negantis factum nulla probatio est“ leicht zu erkennen vermögen. Es kommt nun wohl allerdings, jedoch bei richtiger Beurtheilung nur in seltenen Fällen vor, daß positive Thatsachen allein, ohne das Hinzutreten einer negativen, einen vollständigen Factoren auf Seiten des Klägers nicht abgeben. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn jene positiven Thatsachen nicht einmal an und für sich die Fähigkeit besitzen, die Entstehung des fraglichen Rechts zu bewirken, wie z. B. im Falle der L. 10 D. de verb. obl. (45. 1), wenn sich Jemand bloß unter einer wirklichen, ächten negativen Bedingung verpflichtet hat. Die Stipulation ist hier kein Factor, der für sich allein die Fähigkeit hat, das fragliche Recht auf das Versprochene zur Entstehung zu bringen, es muß hier allerdings noch der Eintritt der negativen Bedingung hinzutreten. Hier ist aber auch die negative Thatsache ein wirkliches Supplement des thatsächlichen Rechtsfactors, was jedoch in der That im Rechtsleben seltener vorkommt, als man heutzutage gelehrt hat.

Nach diesen Grundsätzen findet denn in successivem Anschlusse an die Geschichte des Rechtsverhältnisses ein alternirendes Reproduciren von Factoren, welche für und gegen das in Frage stehende Recht wirkten, von Seiten der Parteien Statt, indem der Gegner, sobald auf der andern Seite ein als wirksam anerkannter Factor in die Linie gestellt worden ist, sich genöthigt sieht, diesen mit einem Gegenfactor zu bekämpfen.

Dem Richter aber steht hierbei keine andere Fiction genereller Natur zu, als die aus der Verhandlungsmaxime gerechtfertigte, daß alle in diesem Streite nicht reproducirten Factoren nicht vorhanden seien. Diese Fiction fällt dann

zum Nachtheile der Partei aus, auf deren Interesse diese Factoren einen förderlichen Einfluß ausgeübt haben würden. — Die Verlegung dieser Fiction auf ein früheres Stadium des Processes ist aus Rechtsgründen nicht gestattet. In der Verkennung dessen gerade besteht der der Vermuthungstheorie zum Grunde liegende Irrthum.

Diese Anschauungsweise möchte vor allen anderen den Vorzug der Naturgemäßheit und inneren Wahrheit verdienen. Es lassen sich aber auch ihre Spuren in den Quellen des römischen Rechts bei einer unbefangenen Umschau deutlich nachweisen. Sie ist, wie sich aus Obigem ergiebt, vorzugsweise mit den bereits erklärten wichtigen Stellen vollkommen vereinbar, geht aber auch noch, ohne mit irgend einer im Widerspruche zu stehen, aus vielen anderen Stellen hervor. So gründet sich z. B. der Kläger, der eine Sache mit der actio publiciana verfolgt, einfach darauf, daß er sie durch Kauf erworben habe. Dies genügt für's Erste, er hat einen Factor für sich, welcher die Fähigkeit, das verfolgte Recht zu erzeugen, an sich besitzt. Nun wird ihm aber opponirt, er habe von einem Pupillen gekauft. Dies veranlaßt wieder den Kläger, zu behaupten, der Kauf sei tutore auctore abgeschlossen worden, und dagegen hat endlich der Beklagte wiederum einzuwenden, es sei ein falsus tutor gewesen [1]). Hier handelt es sich überall lediglich um den Bestand des geklagten Rechts an sich, und beide Theile haben ihre Beiträge zur Aufklärung des Sachverhältnisses ganz im Anschlusse an die natürliche Reihenfolge, in welcher die Chancen für oder gegen den Bestand des fraglichen Rechts zur Er-

---

1) L. 13 §. 2 D. de publ. (6. 2); l. 4 §. 24 D. de doli mali except. (44. 4).

scheinung kommen, zu leisten. Dies erklärt sich aus dem Obigen ganz einfach ohne alle Vermuthungen, deren auch in den hier citirten Stellen keine einzige angedeutet wird.

Nach der herrschenden Theorie würden dem Richter hier Vermuthungen angedichtet werden, an welche zu denken, er durchaus keine Veranlassung hat.

Solch ein unnatürliches Verhältniß kann aber bei den singulären Präsumtionen, welche wirklich im römischen Rechte hie und da anerkannt sind, niemals eintreten.

Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Klagegrunde.

§. 7.

Aus diesen Untersuchungen ergiebt sich aber auch die Nothwendigkeit, einen besonderen processualischen, mit der Beweispflicht des Klägers congruenten Klagegrund anzunehmen und diesen von dem materiellen Klagegrunde zu unterscheiden. Auch hierauf deutet meines Erachtens die oben genauer erörterte L. 12 cit. sehr entschieden hin durch die Worte:

„Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur.“ — Es liegt hierin die Anerkennung, daß im materiellen Sinne die Abwesenheit solcher rechtsverneinenden Einflüsse zum Klagegrunde mit zu rechnen sei, zugleich aber auch die Hinweisung darauf, daß noch ein anderer, engerer Begriff des Klagegrundes anzuerkennen sei, und zwar derjenige, welcher gerade für die Beweislast maßgebend sein muß. Diesen dürfen wir mit vollem Fug und Recht als den formellen, oder processualischen bezeichnen. Und wenn wir diesen engeren Begriff des Klagegrundes jener obersten

Regel über die Beweispflicht zum Grunde legen, so tritt in den besprochenen Bestimmungen über die Beweispflicht des Beklagten gar kein Ausnahmsverhältniß zu ihr hervor; die Regel, Kläger habe den Klagegrund zu beweisen, ist nun, auf den processualischen Klagegrund bezogen, leicht verständlich und anwendbar.

Wie man auch gegen diese Unterscheidung zweier Klagegründe protestiren möge[1]), so trägt doch diese Annahme eine weit stärkere Berechtigung in sich, als jeder andere Erklärungsversuch. Ich glaube, daß eine irrige Anwendung der Gesetze der Logik, an welcher jedoch die Römer ganz unschuldig sind, dieser Lehre bei uns immer vielen Schaden gethan und eine Menge vergeblicher Schwierigkeiten hervorgerufen hat. Immerhin mag man an eine richtige Klage das Erforderniß stellen, daß ihre thatsächlichen Momente im Zusammenhalte mit dem materiellen Rechte einen richtigen Schluß auf die Existenz und die Störung des fraglichen Rechts gestatten müssen. Möchte man nur nicht den ganzen Umfang dieser Allegationsverbindlichkeit überall identificiren mit der Beweisverbindlichkeit!

Es ist oben bereits ausgeführt worden, daß die Rechtsverletzung bei Contractsobligationen schlechterdings in nichts Anderem bestehen könne, als in deren Nichterfüllung. Die Rechtsverletzung ist aber ein rein unentbehrliches Mittelglied zu dem erforderten vollkommenen logischen Schlusse. Wollte man sich daher bei jenen Grundsätzen ganz consequent bleiben, so müßte man in diesen Fällen die Allegation und folglich auch den Beweis der Nichterfüllung von Seiten des Klägers allemal für unerläßlich halten. Man kann dies nicht thun, glaubt aber die Consequenz durch das logische Hülfs-

---

1) Vergl. Schmid, Handbuch des Civilprocesses. II. Th. §. 95.

mittel der Vermuthung gerettet zu haben, welches aber doch, wie oben hinlänglich ausgeführt wurde, seine Functionen erst beginnen kann, nachdem ein naturkräftiges Princip die Schöpfung des entscheidenden Rechtssatzes bereits vollbracht hat, und welchem eine solche Rechtsproductivität überhaupt nicht beigelegt werden kann. Jener Rechtssatz steht durchaus auf eigener fester Grundlage, indem er sich vollkommen mit den obersten natürlichen Rechtsprincipien, mit der Rechtsvernunft assimilirt; das Bedürfniß, von einer formalen Fiction getragen zu werden, ist bei ihm nicht vorhanden; er ist selbst stärker, als die ihm aufgedrungene Stütze, mit welcher man ihm ohne Grund nur ein Zeugniß innerer Schwäche giebt.

Das Gefühl für Deutlichkeit, Zweckmäßigkeit und eine verständige Ausdrucksweise bedingt allerdings eine gewisse logische Form des Klagevortrags. Insofern schon üben auf dessen Form und Inhalt die Gesetze der Logik und die Eigenthümlichkeiten des Verständigungsmittels, der Sprache, einen gewissen Einfluß aus. Es gebietet ferner auch die Proceßpolitik, daß der Richter aus dem Klagevortrage schon eine vernünftige Veranlassung seiner Anrufung ersehen müsse. Allein darüber, was Kläger beweisen müsse, was processualischer Klagegrund sei, entscheiden nicht die Gesetze der Logik, sondern Rechtsgrundsätze. Der processualische Klagegrund soll bloß das erste richterliche Einschreiten, nicht auch schon die Schlußsentenz rechtfertigen; er ist nur ein Glied des logischen Ganzen, dessen Schluß in Harmonie mit dem gesammten beiderseits vorgebrachten Thatsachencomplexe und dem Rechte das Endurtheil bildet. Im Urtheile erst werden auch die Gesetze der Logik ihre vollkommene Befriedigung zu suchen haben. Hier findet aber auch der materielle Klagegrund mit Hülfe des Grundsatzes „judicio contrahitur" erst seine volle Würdigung.

So sind denn auch Quellenausdrücke, wie „agere non potest" und ähnliche sehr häufig nur auf diesen materiellen Klagegrund und auf das Ende des Processes zu beziehen. So sind auch sicher schon dem römischen Proceßverfahren Allegationen des Klägers pro coloranda causa, welche dem materiellen und nicht dem processualischen Klagegrunde angehören, nicht fremd [2]).

Den vollständigen Beweis hierfür zu liefern, erschwert uns namentlich der so viel beklagte Mangel mehrerer uns aufbewahrter formulae. Indessen möchten aufmerksame Beobachtungen auch von dieser Seite nicht ohne allen Erfolg bleiben. Man betrachte z. B. die bei Gajus IV §. 47 ersichtliche Formel:

> „Si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse; quanti ea res erit" etc.

Hier finden sich in der intentio die Worte „eamque redditam non esse," obgleich sie entschieden nicht zum processualischen Klagegrunde gehören. Wäre der Tisch schon zurückgegeben gewesen, so würde darin die Erfüllung der Hauptobligation gelegen haben, und diese mußte der verklagte Depositar behaupten und beweisen, keineswegs der Kläger die Nichterfüllung. Will man nun auch den Nachdruck auf die Worte „dolo malo" legen und sagen, darin liege der Klagegrund, so ist doch darauf zu bemerken, daß hier schon ein Fall vorliegt, in welchem die Sprache und der Verstand die Ausschließung aller nicht wesentlichen Bestandtheile des Klagegrundes im Klagevortrage durchaus nicht zuläßt. Die einfache Nichterfüllung und der dolus sind zwei verschie-

1) Vergl. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, S. 121, 122, 140, 143—157.

dene Thatsachen. Beide bilden aber hier zusammengefaßt den Begriff der Rechtsverletzung, der dolosen Nichterfüllung. Denn bloß für diese haftet ja der Depositar.

Nach L. 1 §. 22 D. depositi (16. 3) wird es aber im Allgemeinen sogar schon als dolus angesehen, wenn der Depositar auf geschehene Anforderung die Sache nicht zurückgiebt und sich nicht über seine Unschuld an der etwaigen Unmöglichkeit der Rückgabe auszuweisen vermag. Hiernach bliebe denn als processualischer Klagegrund bloß das „deposuisse“ und allenfalls die Aufforderung zur Rückgabe übrig, während bezüglich der anderen in der Formel liegenden Behauptungen dem Beklagten der Beweis der Gegensätze obliegt.

Dies Beispiel zeigt also schon, daß auch im römischen Processe Allegationen des Klägers vorkamen und nothwendig erschienen, deren Beweis ihm gleichwohl nicht oblag, indem es vielmehr dem Beklagten überlassen bleiben mußte, sich zu seiner Vertheidigung auf die entgegengesetzten positiven Thatsachen zu berufen und sie zu beweisen.

Resultate.

§. 8.

Die wesentlichen Resultate der bisherigen Untersuchungen lassen sich in Folgendem kurz zusammenfassen:

1) Die Regel, daß Kläger sein Klagerecht beweisen müsse, bedarf insofern eines restrictiven Verständnisses, als eigentlich zum Bestande dieses Rechts die Abwesenheit aller negativ darauf einwirkenden Thatsachen gehört, dieser Beweis aber dem Kläger nicht obliegt.

2) Der Rechtssatz, daß der Beklagte die selbstständigen auf den Bestand des klagbar gemachten Rechts negativ einwirkenden Thatsachen im Processe zu beweisen habe, ist

unmittelbar aus den obersten natürlichen Principien des Rechts herzuleiten.

3) Derselbe steht auf eigenem festen Boden und wird weder von Vermuthungen, noch von formalen Fictionen getragen, welche hierbei überall nicht anzuerkennen sind.

4) Diese negativ wirkenden Thatsachen scheiden den Klagegrund in einen materiellen und formellen, oder processualischen; sie gehören zu dem ursprünglichen, selbstständigen Vertheidigungsmateriale des Beklagten.

5) Die Gesetze der formalen Logik entscheiden hierüber nicht, sondern Rechtsgrundsätze, welchen hier der Vorrang gebührt.

6) Diese Anschauungsweise findet ihre volle Berechtigung einmal in der allgemeinen Rechtsvernunft, sie ergiebt sich aber auch aus dem positiven römischen Rechte.

II.

Untersuchungen über die Nichterfüllung contractlicher Obligationen und deren Folgen.

Uebergang.

§. 9.

Abgesehen von der bloß wissenschaftlichen Befriedigung, welche die Beseitigung einer irrigen und die Substituirung der richtigen Theorie gewährt, ist ein solcher Fortschritt auch stets von wohlthätigen praktischen Folgen. Dies läßt sich denn auch mit gutem Grunde von dieser Lehre behaupten. Wenn man auch gewohnt war, durch die alte Präsumtionstheorie eine fühlbare Lücke in der Rechtslehre als ausgefüllt anzusehen, so mag doch wohl so mancher Denker aus der Juristen-

weit dabei jene Empfindung der vollen Sicherheit vermißt haben, welche nur die ächte Wahrheit gewähren kann. Und diesem Grunde mögen ferner auch wohl die vielen und auffallenden Zweifel und Meinungsverschiedenheiten in dieser Lehre größtentheils ihre Entstehung zu verdanken haben.

Diese Unsicherheit ist aber vorzugsweise erkennbar bei der Behandlung der Frage, wie gewisse Folgen der Nichterfüllung contractlicher Obligationen, wenn sie im Processe geltend gemacht werden, bezüglich der Beweislast zu beurtheilen seien.

Die Nichterfüllung dieser fortan ausschließlich in den Kreis meiner Betrachtungen fallenden Obligationen erzeugt, wenn wir die Nativität der Klage mit dahin rechnen wollen, jedesmal eine Veränderung im Rechtsverhältnisse, ein neues Stadium desselben und eine scheinbare Erweiterung der materiellen Rechtssphäre des Gläubigers, so daß also der Umstand, welcher sich zunächst als Verletzung des ursprünglich vorhandenen Rechts darstellt, bei einer oberflächlichen Betrachtung zugleich als erzeugende Ursache einer materiellen Rechtserweiterung und somit eines neuen Rechts erscheint.

Nimmt man nun einmal eine Präsumtion für die Fortdauer des entstandenen Rechtsverhältnisses an, so müßte man folgerichtig auch den Eintritt jenes neuen Stadiums des Rechtsverhältnisses und damit die Entstehung des darin enthaltenen neuen Rechts präsumiren. Denn, wenn rechtlich zu präsumiren ist, daß die schuldige Leistung nicht erfolgt, mithin über das rechtlich gebilligte Ziel hinaus zurückgehalten worden sei, so ergiebt sich jene Umwandelung des Rechtsverhältnisses lediglich als das Resultat rechtlicher Deduction, welche Gegenstand eines Beweises nicht sein kann. Gleichwohl haben viele Theoretiker und Praktiker, ohne jene Präsumtion überhaupt anzufechten, doch ihrer Anwendbarkeit hier, wo sich ihre Wir-

fung nach ihrer Anschauung bis zur Erzeugung neuen Rechts steigern würde, ein Ziel gesetzt. Dies ist von ihrem Standpunkte aus eine Inconsequenz. Sie sprechen damit aber auch zugleich ein Mißtrauen gegen die Präsumtionstheorie aus, indem sie hier einen Conflict derselben mit anderen Grundsätzen annehmen und es vorziehen, jene in diesem Falle aufzugeben, um diesen gerecht zu werden. Die hieraus hervorgegangenen Entscheidungen sind nun zwar unrichtig; auf der andern Seite muß man jedoch auch wieder zugeben, daß eine noch weitere Erstreckung des Feldes der Vermuthungen höchst abgeschmackt sein würde.

Ich behaupte, daß die Nichterfüllung einer Obligation niemals mit Recht Gegenstand einer Beweisauflage werden könne und will nun, fußend auf der durch die vorhergehenden Ausführungen gewonnenen Basis, diese Behauptung auch juristisch zu rechtfertigen versuchen.

Warum dies nicht geschehen könne, wenn direct auf Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeit geklagt wird, ist schon weiter oben gezeigt worden. Schwieriger und strittiger wird aber die Frage, wenn anstatt dessen auf die gesetzlichen oder vertragsmäßigen Folgen der Nichterfüllung der Hauptobligation geklagt wird. Dieser Fall tritt vorzugsweise ein, wenn die rechtzeitige Erfüllung dieser Obligation, oder die Leistung des ursprünglich bezweckten Objects durch die Schuld des Beklagten unmöglich geworden ist.

Folgen der Nichterfüllung; deren rechtliche Natur.

§. 10.

Bevor in der Untersuchung der angeregten Frage weiter vorgeschritten wird, ist es durchaus unerläßlich, über die rechtliche Natur dieser Folgen der Nichterfüllung völlig klar zu werden, und es wird sich gleich zeigen, daß in dem gegen-

wärtigen Standpunkte der Rechtswissenschaft eine vollkommene Befriedigung dieses Bedürfnisses noch nicht zu finden ist. Niemand bezweifelt zwar, daß die rechtliche Natur dieser Folgen der Nichterfüllung nur eine obligatorische sein könne. Des wahren und allein durchschlagenden inneren Grundes aber, aus welchem dies mit Nothwendigkeit folgt, ist man sich nicht völlig klar bewußt.

Ein obligatorisches Verhältniß kann nie und nimmermehr in etwas Anderem bestehen, als, wie die Römer sagen, darin, „ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum“[1]).

Bestehen nun die Folgen der Nichterfüllung, oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung[2]) darin, daß der Schuldner z. B. wegen begangener mora, oder culpa, oder wegen Bruches einer Pönalstipulation mit dem allgemeinen Ausgleichungsmittel, mit Geldzahlung aus seinem Vermögen überhaupt einspringen muß, dann liegt freilich jenes Merkmal der obligatorischen Natur klar genug am Tage. Seine Leistung besteht in der Zahlung, folglich in einem „dare.“ In vielen anderen Fällen dagegen entzieht sich dies Merkmal dem forschenden Blicke dermaßen, daß es bei oberflächlicher Betrachtung gar nicht vorhanden zu sein scheint.

Es ist oben bereits hervorgehoben worden, daß, im materiellen Sinne genommen, bei Klagen aus Contractsobligationen die Rechtsverletzung eigentlich nur in der Nichterfüllung der Verbindlichkeit bestehen und in diesem Sinne auch von der Nativität der Klage nur unter der Voraussetzung der Nichterfüllung die Rede sein könne. In diesem Sinne, näm-

1) L. 3 pr. D. de obl. et act. (44. 7).

2) Diese wird im Folgenden als in der Nichterfüllung überhaupt mit inbegriffen betrachtet werden.

lich im Gegensatze zu den Erfordernissen des processualischen Klagegrundes, kann und muß man daher auch die Nativität dieser persönlichen Klagen als eine Folge der Nichterfüllung ansehen. Es kommen hier ferner folgende besondere Fälle in Betracht:

1) Wenn für den Fall der Nichterfüllung das Rechtsgeschäft als nicht geschlossen betrachtet werden soll, z. B. bei der lex commissoria.
2) Wenn überhaupt irgend eine Privation, ein Rechtsverlust an die Nichterfüllung, oder Säumigkeit geknüpft ist, z. B. die Privation der Emphyteusis wegen Säumigkeit.
3) Wenn der Gläubiger im Falle der Säumigkeit des Schuldners vom Kündigungsvertrage, oder von ausbedungenen Zahlungsterminen absehen, also früher klagen darf, als es außerdem geschehen könnte (sogen. clausula cassatoria).

Es gehören endlich hierher noch

4) die Wirkungen der mora, culpa und des dolus auf die Existenz der Obligation, Perpetuation u. s. w. [3]), sowie überhaupt wohl noch manche ähnliche Verhältnisse vorkommen und gedacht werden können, auf welche diese Bemerkungen zu beziehen sind.

Diese Fälle haben alle das gemeinsam, daß in ihnen zwar die Erweiterung der materiellen Rechtssphäre des Forderungsberechtigten ganz auffallend hervortritt, daß aber dagegen die diesem Rechte gegenüberstehende Verbindlichkeit auf den ersten Blick lediglich auf ein Dulden jener Rechtserweiterung gerichtet zu sein und insofern einem persönlichen Rechte, dem Begriffe eines obligatorischen Verhältnisses keineswegs zu entsprechen scheint.

3) Vergl. Puchta, Pandekten §. 268.

Der Schuldner muß sich gefallen lassen, daß der Gläubiger den Vertrag als nicht geschlossen, oder wieder aufgelöst ansehe, daß er ihn aus der Emphyteusis entsetze, daß er auf den Kündigungsvertrag keine Rücksicht nehme, sondern, ohne die Kündigungsfrist abzuwarten, mithin früher, als er sonst dürfte, gegen ihn mit Erfolg Klage erhebe u. s. w. Dies scheinen Alles Rechtserweiterungen, neue besondere Rechte des Gläubigers zu sein, denen doch nothwendig auch neue besondere Verbindlichkeiten gegenüberstehen müßten. Diese Verbindlichkeiten müßten aber auch auf ein dare oder facere gerichtet sein; denn das Moment des Duldenmüssens kommt bloß dinglichen Rechten gegenüber vor und ist bloß dinglichen Rechtsverhältnissen eigen. Die Frage nun, ob diesen Rechtserweiterungen auch ein entsprechendes, erweitertes „dare facere oportere" gegenüberstehe, worin dies zu suchen, oder ob und warum dies Erforderniß in den Fragefällen nachgelassen werden könne, ist meines Wissens bis jetzt von den Rechtslehrern immer übergangen und umgangen worden. Man redet von Umwandelungen und Modificationen bestehender Obligationen[4]) und bezeichnet deren Wesen als Veränderung des Inhalts einer schon begründeten Obligation, ohne sich weiter darauf einzulassen, ob die hiernach nothwendig auch veränderte Verbindlichkeit des Schuldners ebenfalls überall in diesen Fällen in einem „dare facere oportere" bestehen müsse und bestehe und, worin dies zu finden sei. Man beschränkt sich bei diesen Fällen mehr auf eine Darstellung des Befugniß- und Thätigkeitskreises des Gläubigers[5]), obwohl das

4) Vergl. Puchta, Pand. §. 263 flgg.; Savigny, System §§. 59 u. 104, Obligationenrecht §. 51. — Hier steht ein näheres Eingehen auf diese Verhältnisse bei der Fortsetzung des Werkes noch zu erwarten.

5) So Puchta a. a. O.

eigentliche Wesen des Obligationsverhältnisses hauptsächlich gerade in der Thätigkeit des Schuldners besteht [6]).

Mögen diese Folgen der Nichterfüllung auch keine besonderen Obligationen, mögen sie auch immer nur als die Umwandelung oder Modification der bestehenden Obligation zu betrachten sein, so kann doch immer das Andere, was nun der Gläubiger zu fordern hat, nur eine Leistung (facere) des Schuldners sein.

Folgen der Nichterfüllung; deren rechtliche Natur (Fortsetzung).

§. 11.

Bei einer genaueren Untersuchung der Natur dieser Verhältnisse findet man denn auch, daß selbst in den oben unter 1 bis 4 (§. 10) gedachten Fällen der Gläubiger bei Geltendmachung jener Folgen der Nichterfüllung in der That nichts Anderes, als eine positive Handlung des Schuldners verlangt und verlangen kann. Diese besteht einfach in der Verzichtleistung auf die Ausübung gewisser ihm aus dem Rechtsverhältnisse zustehenden Befugnisse, zu welcher er vertragsmäßig oder gesetzlich verpflichtet ist. Zur Rechtfertigung dieser Behauptung diene Folgendes:

Es kommen Fälle vor und werden deren mehrere schon in den römischen Rechtsquellen aufgeführt, in welchen auf den ersten Blick ein lediglich passives Verhalten des Schuldners als Gegenstand einer Obligation anerkannt zu werden scheint. Man hat sich deßhalb bewogen gefunden, den Satz aufzustellen, daß die Handlung des Schuldners, an welcher der Gläubiger ein Recht habe, auch in einem Unterlassen bestehen

---

6) Vergl. Savigny, Obligationenrecht §. 2.

könne [1]). Diese Lehre erscheint jedoch als mißlich und bedenklich, sie tastet ein Hauptprincip des römischen Rechtssystems, dieser concreten Rechtsvernunft, an, was sie nicht ungestraft wird thun dürfen. Nach dem römischen Rechtssysteme ist es eine wesentliche Eigenschaft der Obligation, daß man sich mittelst derselben zu einer Handlung verpflichtet. Das Unterlassen ist aber nie und nimmermehr als eine Handlung aufzufassen, es ist vielmehr der directe Gegensatz, die Negation der Handlung. Eine negative, oder sogenannte Unterlassungshandlung ist begrifflich ein Unding, gerade so, wie wenn man den leeren Raum einen negativen Körper, oder Unterlassungskörper nennen wollte. Das Unterlassen kann nur folgende juristische Momente enthalten:

1) Das Unterlassen rechtswidriger Handlungen kann juristisch nur als Merkmal der Anerkennung von Rechten Anderer,
2) das Unterlassen von Handlungen, zu denen man verpflichtet ist, als Merkmal einer Rechtsverletzung und
3) das Unterlassen von Handlungen, zu denen man berechtigt ist, nur als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten in Betracht kommen.

Das Unterlassen berechtigter Handlungen als Folge einer Obligation würde sich daher zu der Willensthätigkeit des Aufgebens von Rechten verhalten, wie die zu leistende Sache sich verhält zum Acte der Leistung; es ist nicht die Leistung selbst, sondern bloß der praktische Erfolg derselben.

In den fraglichen Fällen nun besteht die Obligation nicht in diesen Aufgaben, in dem Verzichte selbst; denn ein Ver-

1) Vergl. Savigny, Obligationenrecht §. 28; Puchta, Pandekten §. 220.

zicht kann selbstverständlich nicht selbst eine Obligation sein. Wohl aber besteht der Inhalt der Obligation und kann er bestehen darin, daß man sich verpflichtet, auf die Ausübung eines Rechtes, sobald man in der Lage sein würde, selbige vorzunehmen, zu Gunsten des Forderungsberechtigten, wenn er es will, Verzicht zu leisten.

So und nicht anders ist z. B. das Wesen des pactum de non petendo zu verstehen. Sein Inhalt ist nicht die Aufhebung der Obligation; diese besteht fort und trägt als einen zwar latenten, doch wesentlichen Bestandtheil ihrer selbst das Klagerecht noch in sich. Wenn es nun wirklich dem pactum zuwider zur Klagerhebung kommen sollte, und der Verklagte sich auf dasselbe beruft, so macht er damit nicht etwa einen Nichtigkeitsgrund gegen das Recht selbst geltend, sondern er hat bloß eine exceptio aus dem pactum, d. h. die Geltendmachung eines anderen persönlichen Rechts, einer obligatio, vermöge deren der Kläger ihm zu einer anderen Leistung verpflichtet ist und mit welcher die erhobene Klage im Widerspruche stehen würde. Diese aus dem pactum de non petendo entspringende Obligation kann nichts Anderes enthalten, als die Verpflichtung des Gläubigers, auf die Ausübung des Klagerechts, sobald er in die Lage kommt, davon Gebrauch zu machen, auf Verlangen des Gegners Verzicht zu leisten. Dieser Auffassung des Sachverhältnisses kann man sich gegenüber der L. 27 §. 2 D. de pactis (2. 24), wo ausdrücklich anerkannt wird, daß durch das pactum de non petendo als solches weder die Obligation, noch auch die Klage gänzlich aufgehoben werde, schlechterdings nicht entziehen. Denn, wenn dieses pactum weder die Obligation selbst, noch auch die Klage aus derselben direct aufhebt, so kann sein Inhalt in nichts Anderem bestehen, als eben in der persön-

lichen Verbindlichkeit, auf die Geltendmachung des Klage- rechts Verzicht zu leisten.

Dieselbe Bewandniß hat es aber auch mit den oben (§. 10) unter 1 bis 4 erwähnten Fällen. Allen jenen bestimmten Rechten des Gläubigers steht die Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber, auf bestimmte ihm außerdem zustehende Rechte, oder Rechtsausübungen unter gewissen Voraussetzungen Verzicht zu leisten.

Bezüglich der oben ebenfalls zu den Folgen der Nichterfüllung gezählten Nativität der Klage ist aber insbesondere Folgendes zu bemerken:

Alle Umgestaltungen der Rechtsverhältnisse im Processe haben eine obligatorische Natur, „judicio contrahitur." So wird denn auch die litis contestatio bekanntlich von den Römern als ein obligatorisches Verhältniß aufgefaßt.

Gajus [2]) sagt:

„Apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere."

Wie ist nun wohl diese obligatio auf condemnari oportere zu denken? Halten wir uns an die nackten Worte, so ginge sie dahin, daß er sich die Verurtheilung gefallen lassen müsse. Gestattet es aber wohl der Begriff der obligatio, ihr einen solchen Inhalt unterzustellen? Ich glaube nicht, denn diese Passivität ist keine Leistung. In der That findet man aber auch bei einem etwas tieferen Eingehen in die Sache, daß dieses Leiden und Dulden bloß der nächste praktische Erfolg der Leistung, nicht sie selbst ist, und daß die eigentliche Leistung in dem „judicium accipere" und in der Anerkennung des Richterspruchs besteht, zu welcher der

2) Gaji institut. comment., lib. III §. 180.

Beklagte, wie der Kläger durch die litis contestatio verpflichtet wird [3]).

Aehnlich verhält es sich auch mit der Nativität der Klage. Sie giebt dem Berechtigten die Befugniß, sofort das Klagerecht geltend zu machen. Die dieser Befugniß gegenüberstehende Verbindlichkeit besteht aber nicht darin, daß man sich das Verklagtwerden gefallen lassen müsse, sondern darin, daß man jetzt auf die Klage Rede und Antwort schuldig sei und Rechenschaft von seinen darauf bezüglichen Handlungen ablegen müsse.

So entspricht jede Veränderung oder Erweiterung einer Obligation, die sie in ihren verschiedenen Stadien erfährt, einer bestimmten veränderten oder erweiterten positiven Thätigkeit des Schuldners, zu welcher er verpflichtet wird. Es würde zu weit führen, wollte ich diese Untersuchungen hier noch weiter ausspinnen. Ich muß mich vielmehr für den gegenwärtigen Zweck auf diese kurzen Andeutungen beschränken. Sie werden aber auch genügen, um darzuthun, daß es allen jenen Folgen der Nichterfüllung keineswegs an der Richtung auf eine bestimmte positive Leistung (facere) mangelt, und daß von dieser Seite kein Grund vorhanden sein würde, ihnen die Qualification zu selbstständigen Obligationen überhaupt abzusprechen und sie als bloße Modificationen bestehender Hauptobligationen anzusehen.

Fortsetzung. — Juristisches und praktisches Object der Obligationen.

§. 12.

So wichtig nun auch jenes Moment für die Erklärung des Wesens dieser Folgen der Nichterfüllung und für ihre ju-

3) Puchta a. a. O. §. 96; Heffter, System des Civilprocesses §. 285 Anm. 39, §. 316.

ristische Construction erscheinen mag, so reicht es dennoch nicht hin, um ihnen den Charakter selbstständiger Obligationen zu verleihen. Diese Eigenschaft geht den als Folgen der Nichterfüllung sich darstellenden Leistungen ab, aber aus einem anderen Grunde, nämlich deßhalb, weil es ihnen an einem obligatorischen Selbstzwecke fehlt.

Diese Behauptung und die Nothwendigkeit ihrer bereits angedeuteten Consequenzen für den Klagegrund werde ich im Folgenden zu beweisen und klar zu machen suchen.

Es ist bekannt, daß der Inhalt der Obligation aufzufassen ist als das theilweise Herrschaftsverhältniß der berechtigten Person über die verpflichtete, zufolge dessen einzelne Handlungen der letzteren dem Willen der ersteren unterworfen werden. Das juristische Object der Obligation kann demnach nichts Anderes sein, als eine gebotene, bestimmte und bis zur That gesteigerte Willensrichtung des verpflichteten Subjects. Das Product dieser That besteht in der dem Berechtigten verschafften Herrschaft über körperliche oder unkörperliche Dinge, oder im Genusse von Zuständen, die einen gewissen Werth für das Leben des Menschen haben. Wollte man nun dieses Product der obligatorischen Handlung als das juristische Object der Obligation selbst, oder einen Bestandtheil desselben ansehen, so würde man deren Grundbegriff und deren Eigenthümlichkeit durch Vermischung mit ganz heterogenen Elementen, nämlich mit der Herrschaft über die unfreie Natur, vollständig aufheben; man würde die durch innere Nothwendigkeit gebotenen natürlichen Scheidemarken der verschiedenen Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute verwischen und in das Rechtssystem selbst zerstörend eingreifen.

Das Product der obligatorischen That ist allerdings am Ende der letzte Zweck, das Ziel, welches durch die Obligation eigentlich erreicht werden soll und insofern von der höchsten

Wichtigkeit für das ganze Verhältniß; allein diese wichtige Bedeutung ist ihm nur eigen in seinen Beziehungen zur äußeren Welt, während sie für den juristischen Begriff der Obligation völlig gleichgültig ist. Man muß es hiernach für ganz treffend und der Sache angemessen finden, dieses Product der obligatorischen That als das praktische Object der Obligation zu bezeichnen und dieses vom juristischen Objecte derselben streng auszuscheiden [1]).

Je mißlicher nun aber oftmals die Aufgabe ist, den Zwang zu einer bestimmten Handlung bei dem verpflichteten Subjecte durchzusetzen, desto weniger sieht man die Erreichung des praktischen Objects der Obligation für den Berechtigten sicher gestellt. Es ist daher Nichts natürlicher, als daß der menschliche Scharfsinn Alles aufbot, um Mittel zur möglichsten Sicherstellung des Berechtigten in dieser Beziehung aufzufinden. Diese Sicherung ist zu vermitteln durch Cautionen aller Art, namentlich aber durch Substituirung von Aequivalenten für die ursprüngliche obligatorische Leistung, welche dem äußeren Zwange leichter zugänglich sind, als diese und eines Theils den Verpflichteten dringender zur zwangslosen Vornahme der obligatorischen Handlung bestimmen, anderen Theils aber dem Berechtigten eine Ausgleichung zu gewähren geeignet sind. Solche Aequivalente sind nun theils schon durch die Gesetze vorgeschrieben, z. B. die nachtheiligen Folgen der mora des Schuldners und die Leistung des Interesse, wenn die Erfüllung durch dolus oder culpa des Verpflichteten unterblieb, theils aber ist ihre mannigfaltige Festsetzung der Willkür der

---

1) Man vergleiche über diese ganze Lehre Savigny, System I. §. 53 S. 338 flgg., Obligationenrecht §. 2 und Kierulff's Theorie des Civilrechts §§. 9 u. 13, dessen Begriffsentwickelung über diesen Gegenstand noch nicht die verdiente Rücksicht gefunden zu haben scheint.

Contrahenten überlassen. Tritt nun der Fall der Nichterfüllung ein, so kann der Schuldner immer noch freiwillig das Aequivalent leisten; es kann ihm aber auch abgenöthigt werden. In beiden Fällen bleibt dies aber, wie oben gezeigt wurde, immer eine Leistung, welche mit allen obligatorischen Leistungen das gemein hat, daß sie „in dando vel faciendo" besteht. Da nun jedes praktische Object der Obligation eine besondere Leistung voraussetzt und bedingt, so muß man hier auch zwei verschiedene Leistungen statuiren, deren eine dem ursprünglichen, die andere dem substituirten praktischen Objecte entspricht. Wie sich beide zu einander verhalten, ist nun noch genauer zu erörtern.

Primäre und secundäre Leistungen.

§. 13.

Da im Folgenden beiderlei Leistungen fortwährend neben einander gestellt und mit einander von allen Seiten verglichen werden müssen, so empfiehlt es sich, für sie einen kurzen treffenden Ausdruck zu wählen. Ich werde deßhalb fortan die auf das ursprüngliche praktische Object der Obligation gerichtete Leistung als die primäre, oder Hauptleistung, die auf das Aequivalent gerichtete aber als die secundäre oder Ersatzleistung vorzugsweise bezeichnen. Bezüglich dieser Leistungen entsteht nun zunächst die Frage,

1) ob denselben zwei vom Anfange an neben einander bestehende Obligationen zum Grunde liegen;
2) oder ob erst durch den Umstand der Nichterfüllung der primären Leistung eine besondere zweite, auf die secundäre Leistung gerichtete Obligation ins Leben gerufen wird;
3) oder endlich, ob nicht vielmehr überall bloß eine auf beide Leistungen gerichtete Obligation existirt.

Im ersten Falle würde das Verhältniß eine schwache Aehnlichkeit mit den alternativen Obligationen haben; es würde aber anstatt des hier Statt findenden Wahlrechts die primäre Leistung, so lange es möglich ist, allein zu erfüllen sein und dann erst, also successiv, die secundäre Leistung an die Reihe kommen, so daß die Geltendmachung der auf sie gerichteten Obligation auf den Moment des Wegfalls der primären Leistung wegen deren Unmöglichkeit suspendirt wäre.

Im zweiten Falle dagegen würde die ganze Obligation als suspendirt und ihre Entstehung als vom Eintritte einer negativen Bedingung, nämlich der Nichterfüllung der anderen auf die primäre Leistung gerichteten Obligation abhängig gedacht werden müssen [1]. — Hier müßte man aber mit dem Eintritte der Bedingung die erste Obligation neben der zweiten unerfüllt fortbestehen lassen, wenn man nicht dem Eintritte der Bedingung die Wirkung einer stillschweigend anzunehmenden Novation zugestehen will.

Man wird sich nicht verhehlen können, daß in der einen wie der andern dieser beiden ersten Annahmen viel Unnatürliches, Gezwungenes und dem ganzen Sachverhältnisse Unangemessenes liegt. Noch deutlicher aber wird sich deren Unhaltbarkeit bei einer Vergleichung mit der dritten gegebenen Auffassung des Verhältnisses zeigen, deren genauere Erörterung nun folgen soll.

Es ist eine bekannte Sache, daß Obligationen vorkommen, welche auf mehrere, verschiedene Leistungen successiv ge-

1) Um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu zerreißen und Wiederholungen zu vermeiden, kann ich mich an dieser Stelle nur auf wenige allgemeine Bemerkungen über diese allerdings von verschiedenen namhaften Rechtslehrern vertretene Ansicht beschränken und muß mir vorbehalten, bei den später folgenden Specialuntersuchungen noch einmal umständlicher darauf zurückzukommen. —

gerichtet sind, z. B. in annos singulos, plurium pensionum, und daß in diesen Fällen römischrechtlich eine Mehrzahl der Leistungen unter der Einheit der Obligation anzunehmen ist [2]). Bei diesen Leistungen ist wahrzunehmen, daß sie alle eine Beziehung zur Gesammterfüllung der Obligation haben, daß sie alle in einem vollständigen Abhängigkeitsverhältnisse zur Gesammterfüllung insofern stehen, als die einzelne Leistung sich die Kraft der Vernichtung der die Gesammtheit der Portionen umfassenden Obligation nicht allein zuschreiben darf. Andererseits ist aber auch bei denselben wahrzunehmen, daß sie vom obligatorischen Zwange nicht direct, sondern nur mittelbar, nämlich vermittelst ihrer Stellung als Bestandtheile der Gesammtleistung ergriffen werden. Die obligatorische Leistung soll den Zweck und die Wirkung haben, das obligatorische Herrschaftsverhältniß direct durch sich selbst vollkommen zu befriedigen. Dann nur, wenn sie dieses Merkmal an sich trägt, kann man ihr einen obligatorischen Selbstzweck beilegen. Eine Leistung aber, welche bloß den Zweck hat, die eigentliche obligatorische Leistung erst zu vermitteln, sei es als Bestandtheil einer Totalität, wie hier, oder in einem anderen untergeordneten Verhältnisse, entbehrt jenes Selbstzweckes, wie der Unmittelbarkeit und Selbstständigkeit ihres Verhältnisses zur Obligation selbst. Deßhalb können jene einzelnen Leistungen nicht als solche gedacht werden, welchen eben so viele einzelne Obligationen gegenüber ständen, so daß jede einzelne Leistung ihre besondere Obligation zu erfüllen bestimmt sei; vielmehr soll nur eine einheitliche Ob-

2) Man vergleiche Puchta, Pandekten §. 223, l. 16 §. 1 D. de verb. oblig. (45. 1), l. 58 pr. D. de fidejuss. (46. 1) und die treffende Anwendung dieses römischrechtlichen Dogma's auf den Begriff der Reallasten bei Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 167 (5. Aufl.). —

ligation durch die Summe der einzelnen Leistungen, welche die Totalität der abligatorischen Leistung vermitteln, erfüllt werden. Insofern kann man wohl auch von einer gewissen Unselbstständigkeit dieser Leistungen reden.

Der Mangel solcher Unmittelbarkeit und Selbstständigkeit in dem Verhältnisse einer Leistung zur Obligation läßt sich aber auf verschiedene Weise denken und findet sich auch noch in anderen Fällen vor. So sind auch die als Folgen der Nichterfüllung und als Aequivalent für die eigentliche, dem ursprünglichen Willen der Subjecte entsprechende Erfüllung einer Obligation sich darstellenden Leistungen nur in der engsten Beziehung zur primären Leistung und in einem vollkommenen Abhängigkeitsverhältnisse zu dieser denkbar. Die natürliche und eigentliche Erfüllung der Obligation kann hier nur durch die primäre Leistung selbst bewirkt werden. Wird nun diese vereitelt, so kann die Obligation eigentlich nicht mehr erfüllt werden. Gleichwohl ist das dringende Rechtsbedürfniß vorhanden, daß sie dessen ungeachtet noch erfüllt werden könne. Dies kann selbstverständlich nur auf künstlichem Wege erreicht werden und geschieht etwa durch folgende geistige Operation:

Als Rechtsobject der Obligation wird der auf das obligationsmäßige Handeln absolut gerichtete Willenszwang angesehen. Das Wesen des obligationsmäßigen Handels wird aber darin gesetzt, daß es zunächst in der primären Leistung bestehe, nöthigenfalls aber auch in der secundären bestehen könne. Wenn sich daher auch der Wille der Rechtssubjecte in seiner Richtung auf den praktischen Erfolg zu theilen scheint, so bleibt doch das rein juristische Verhältniß der Willensherrschaft ein einheitliches, es ist **ein** Rechtsobject mit dem Ge-

folge **zweier** praktischer Objecte vorhanden. Jedes der letzteren fordert nun zwar seine besondere Leistung, aber die Leistung des secundären Objects ist ihrer rein juristischen Bedeutung nach als mit der primären Leistung identisch zu fingiren [3]). Sie haben beide die Function gemeinschaftlich, eine und dieselbe Obligation zu erfüllen. Wenn auch der praktische Erfolg sich verschieden gestaltet, so findet doch auf jede Art das einheitliche juristische Verhältniß, die Willensherrschaft, seine gleichmäßige Befriedigung. Die secundäre Leistung ist daher als Stellvertreter der primären, als das künstliche, substituirte Erfüllungsmittel und in diesem Sinne als eine Ersatzleistung aufzufassen.

Primäre und secundäre Leistungen (Fortsetzung).

§. 14.

Die secundäre Leistung hat also gar nicht den Zweck, eine eigene besondere Obligation zu erfüllen, und der obligatorische Zwang wirkt überhaupt nur auf die primäre Leistung direct, auf die secundäre aber bloß mittelbar, nämlich vermittelst ihrer Stellung als Substitut der primären ein. Diese Auffassung erhält namentlich auch dadurch eine wesentliche Unterstützung, daß sie mit der wahren, das ganze Sachverhältniß durchdringenden Willensmeinung der Subjecte in völligem Einklange steht. Stellt man sich diese Willensmeinung recht

---

3) Daß diese Auffassung auch dem römischen Rechtsbewußtsein nicht fremd war, bezeugt der Ausspruch Ulpian's in l. 31 §. 11 D. de aedil. ed. (21. 1): „Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit: hoc quaeretur, numquid culpa emtoris homo demortuus sit; nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret." — Man vergleiche auch L. 91 D. de verb. obl. (45. 1) und Cujacii comment. ad h. l.

unbefangen vor, so findet man vor Allem recht deutlich heraus, daß es beiden Theilen nur um eine einzige Obligation zu thun ist. Lediglich aus dem Grunde, weil die zunächst auf die primäre Leistung gerichtete Obligation erfüllt werden soll und lediglich zu dem Zwecke, daß sie erfüllt werde, wenn es auch nur noch auf künstlichem Wege mittelst des Aequivalents geschehen kann, wird die secundäre Leistung von beiden Subjecten als nothwendig erachtet, nicht um eines eigenen directen Zwanges willen. Und, indem der Schuldner die Ersatzleistung effectuirt, will er gar nicht einem besonderen auf diese, sondern vielmehr dem immer noch fortwirkenden, auf die primäre Leistung gerichteten Zwange gehorchen. Die bestehende, ihrer Erfüllung noch entgegenharrende Obligation will und soll nicht ohne Befriedigung verschwinden, um einer anderen Platz zu machen, sie präoccupirt vielmehr das ganze für eine neue Obligation irgend findbare Terrain. Diese Entwickelung schließt sich, glaube ich, am Innigsten an die wahre Natur des ganzen Verhältnisses an, hat vor allen anderen Auffassungen den Vorzug innerer Wahrheit und Ueberzeugungskraft und führt mit Nothwendigkeit zu dem Resultate, daß die secundäre Leistung wegen ihrer untrennbaren Beziehung zur primären sich zu einer selbstständigen obligatorischen Leistung durchaus nicht qualificirt, daß mithin beide Leistungen unter ein und demselben obligatorischen Zwange stehen und folglich von einer zweiten durch die Nichterfüllung der ersten entstehenden, oder auch wohl schon früher entstandenen, auf die secundäre Leistung ausschließlich gerichteten Obligation keine Rede sein kann.

Das Wesentliche bei der Sache besteht in der Substitution eines zweiten handlicheren praktischen Objects. Obgleich nun die Handlung, durch welche dies gewährt wird, eine andere ist, als die primäre Leistung, so braucht ihr deßhalb doch nicht eine

andere, besondere Obligation zum Grunde zu liegen. Dies ist auch in der That nicht der Fall und kann nicht sein, weil ja durch beiderlei Handlungen nur ein und dasselbe Rechtsverhältniß seine juristische Befriedigung finden soll, weil beide durch ein und denselben obligatorischen Zwang regiert werden, mithin beide mit Rücksicht auf ihre ganz gleiche juristische Bestimmung auch juristisch zu identificiren sind.

Man bezeichnet diese Verhältnisse wohl als Umwandelungen oder Modificationen, Erweiterungen und Verminderungen bestehender Obligationen. Ich will hier nicht weiter erörtern, wie weit diesen vagen Bezeichnungen eine innere Berechtigung im Systeme des Obligationenrechts zukomme, sondern weise nur einfach darauf hin, daß nach der obigen so höchst natürlichen Auffassung der Sache der juristische Inhalt der Obligationen sich eigentlich dabei ganz gleich bleibt. Daß aber mit denselben für ein richtiges und gründliches Verständniß der wahren juristischen Natur dieser Verhältnisse Nichts gewonnen ist, möchte wohl außer allem Zweifel sein.

Folgerungen aus dem Vorhergehenden in Bezug auf den Klagegrund.

§. 15.

Kann also nach Obigem in der Nichterfüllung ein Moment, durch welches eine neue auf die secundäre Leistung gerichtete Obligation erzeugt würde, nicht erblickt werden, erscheinen vielmehr die primäre und die secundäre Leistung als Ausflüsse einer und derselben Obligation, so ist auch, wenn der Anspruch auf die secundäre Leistung klagend verfolgt wird, die Nichterfüllung als Bestandtheil des Klagegrundes nicht anzuerkennen. Mag auch, wenn die primäre Leistung effectuirt wurde, damit zugleich der Anspruch auf die secundäre Leistung aufgehoben werden, so geschieht dies doch zugleich ebenso und

lediglich aus demselben Grunde mit der primären Leistung, weil nämlich ein und dieselbe, auf beide Leistungen gerichtete Obligation erfüllt und vernichtet wurde. So wenig die Thatsache der Nichterfüllung überhaupt zum Klagegrunde im processualischen Sinne gehört, eben so wenig gehört sie dazu, wenn die Klage sonderlich auf eine secundäre Leistung gerichtet ist. Bloß derjenige Factor ist vom Kläger vor dem Richter zu reproduciren, welcher an und für sich die Kraft der Erzeugung der Obligation in sich schließt. Den Gegenfactor, welcher diese Wirkung wieder aufzuheben geeignet ist, zu reproduciren, ist Sache des Beklagten.

Hierbei ist nur noch der eigenthümlichen Stellung der secundären Leistung als Substitut der primären zu gedenken. Diese hat zwar keinen Einfluß auf die Existenz, wohl aber auf die Geltendmachung des auf die secundäre Leistung gerichteten Rechts. Jene Stellung bringt es mit sich, daß dies Recht erst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Substitutionsfall eintritt. Wollte man aber diesen Eintritt auf den Fall der Nichterfüllung setzen, so würde man hier offenbar wieder zu weit gehen und Dinge, die bloß in die rein materielle Rechtssphäre gehören, in die Reihe der processualischen Erfordernisse hereinziehen. Um den richtigen Standpunkt zu gewinnen, muß man sich auch hier wieder an das praktische Bedürfniß der Ersatzleistungen überhaupt anschließen. Hiernach ist das Verhältniß folgendergestalt zu formuliren:

> Der Beklagte ist schuldig geworden, eine bestimmte Obligation zu erfüllen, und zwar, so lange es noch ganz oder theilweise möglich ist, mittelst der primären, wenn dies aber nicht mehr möglich ist, mittelst der secundären Leistung.

Aus dieser Anschauung ergiebt sich, daß der Substitutionsfall für den processualischen Zweck dann als eingetreten angesehen werden muß, wenn der Zweck der Obligation mittelst der primären Leistung entweder überhaupt nicht mehr, oder doch wenigstens nur unvollkommen würde erreicht werden können, wenn m. a. W. die primäre Leistung für die Zukunft ganz oder theilweise unmöglich geworden ist, so daß es abgeschmackt erscheinen würde, wollte man noch auf derselben, wenigstens in ihrem ganzen Umfange, bestehen. Richtet daher der Kläger sein Verlangen direct und lediglich auf die Ersatzleistung, so erscheint der Umstand, daß die primäre Leistung unpraktisch geworden sei, allerdings als Bestandtheil des processualischen Klagegrundes. Er bildet den Fälligkeitsmoment für die secundäre Leistung und ist in dieser Beziehung dem dies adjectus vergleichbar [1]). Während also die Obligation selbst schon vorher besteht, ist nur die Geltendmachung derselben in der Richtung auf die secundäre Leistung auf den Moment suspendirt, in welchem die primäre Leistung ganz oder theilweise unmöglich oder unpraktisch geworden ist. Dies Erforderniß des processualischen Klagegrundes wird sich in vielen Fällen sofort und ohne Weiteres aus den Umständen ergeben, wie z. B., wenn die Rechtzeitigkeit der primären Leistung unmöglich geworden ist, ferner, wenn das Geschäft, welches eine bestimmte diligentia erforderte (z. B. Geschäfte der Vormünder), vorüber ist und diese deßhalb nicht mehr nachgeholt werden kann. Ist endlich ein Thier, dessen Obhut Jemandem contractlich oblag, beschädigt zurückgegeben worden und in Folge der Beschädigung crepirt, so muß der Kläger Letzteres schon aus anderen Gründen beweisen. Darin

1) Die genauere Begründung dieses Satzes siehe unten in §. 38 dieser Abhandlung. —

liegt aber auch zugleich der Beweis, daß die primäre Leistung, die Rückgabe des Thieres in unbeschädigtem Zustande, nicht mehr möglich sei. In allen diesen Fällen muß aber auch direct auf die secundären Leistungen geklagt werden; denn es würde ein abgeschmacktes Verlangen sein, den Beklagten zu verurtheilen, daß er schuldig sei, jetzt noch rechtzeitig zu erfüllen, jetzt noch die nöthige diligentia nachträglich zu beobachten und jetzt noch das crepirte Thier lebendig zurückzugeben.

Darf dagegen der Kläger darüber im Zweifel sein, ob die primäre Leistung noch möglich sei, so kann er, wie dies auch in praxi in der That genug geschieht, zunächst auf die primäre Leistung, eventuell aber zugleich auf die secundäre (z. B. das Interesse) klagen. In diesem Falle würde es dann lediglich Sache des Beklagten sein, anzuführen, daß die primäre Leistung unmöglich geworden und daß dies ohne seine Schuld geschehen sei. Ergiebt sich Letzteres dann nicht, so wird immer auf das eventuell gestellte petitum erkannt werden müssen.

Resultate.

§. 16.

Aus den bisherigen, mehr in der allgemeinen Betrachtung der juristischen Natur der fraglichen Rechtsverhältnisse bestehenden Untersuchungen ergeben sich nun folgende Resultate:

1) Die mannigfaltigen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Folgen der Nichterfüllung von Contractsobligationen bestehen allerdings ebenfalls in Leistungen; es sind dies aber keine solchen selbstständigen obligatorischen Leistungen, welche ihre Obligation direct zu erfüllen bestimmt sind, sondern secundäre, der eigentlichen obligatorischen Leistung substituirte.

2) Es ist ungeachtet der Mehrheit von Leistungen doch nur eine Obligation vorhanden und diese ist zunächst auf die primäre, bei deren Unmöglichkeit aber auf die secundäre Leistung gerichtet.

3) Die Nichterfüllung der Obligation kann nicht als ein Ereigniß angesehen werden, welches gleich einer negativen Bedingung eine neue, auf die secundäre Leistung gerichtete Obligation erzeugte.

4) Diese Nichterfüllung ist auch keineswegs als ein zum processualischen Klagegrunde gehöriges Moment anzuerkennen, sondern es gehört außer der Entstehung der Obligation, wenn die secundäre Leistung direct geltend gemacht wird, dazu nur noch der Umstand, daß die primäre Leistung wegen eingetretener gänzlicher oder theilweiser Unmöglichkeit mit Erfolg zur Zeit nicht mehr geltend gemacht werden könne. Von der processualischen Seite betrachtet ist dies der Fall, für welchen die Substitution der Ersatzleistung verlangt werden kann.

5) Die Behauptung der Erfüllung bleibt daher auch in diesen Fällen das, was sie sonst ist, nämlich die dem Beklagten obliegende Reproduction desjenigen Factors, dessen Wirkung in der Aufhebung des gesammten obligatorischen Verhältnisses besteht.

III.

Nachweisung der aufgestellten Principien aus den Quellen.

Vorbemerkungen. Exceptio non impl. contractus.

§. 17.

Sind nun diese Sätze zunächst durch allgemeinere Untersuchungen über die juristische Natur der fraglichen Verhält-

nisse gewonnen worden, so ist es die Aufgabe der nachfolgenden Ausführungen, dieselben specieller zu prüfen und durch Belege aus den Rechtsquellen zu begründen. Es ist oben bereits angedeutet worden, daß die Wirkungen, welche die mora, der dolus und die culpa des Schuldners in Contractsverhältnissen auf das Obligationsverhältniß gesetzlich ausüben, ebenfalls zu den besprochenen Folgen der Nichterfüllung zu rechnen und daß mithin die über letztere geltenden Grundsätze auch auf jene anzuwenden seien. Der leitende juristische Gedanke, welcher bei den Römern [1]) die Basis für die Beurtheilung dieser Verhältnisse bildet, ist ganz einfach folgender: Liegt Jemandem nachweislich eine rechtliche Verbindlichkeit ob, so fordert das Recht unter allen Umständen von ihm, daß er das Möglichste thue, sie direct zu erfüllen. Hat er dies nicht gethan, und die directe, dem ursprünglichen Willen der Contrahenten entsprechende Erfüllung ist ganz oder theilweise nicht mehr möglich, so begnügt sich das Recht mit einem Surrogate, einer substituirten Ersatzleistung. Schlimm genug für den Gläubiger, daß auch er sich damit begnügen muß, besser aber noch immer, als wenn ihm auch diese Aussicht entrissen wäre! Wenn es nun auch die Nachlässigkeit des Schuldners ist, durch welche der Gläubiger einem Nachtheile ausgesetzt ist, so kann doch das Recht nach obiger Auffassung in dieser Nachlässigkeit nicht den Grund der rechtlichen Verpflichtung zur Leistung des substituirten Objects erblicken, sondern es muß diese vielmehr in dem Umstande finden, welcher dem Schuldner die Nothwendigkeit

1) Der theoretisch sehr wichtigen Unterscheidung zwischen dem juristischen und praktischen Objecte der Obligation mit ihren Consequenzen scheinen sich die Römer nicht unmittelbar bewußt gewesen zu sein. Sie hielten sich an eine näher liegende praktische Auffassung, durch welche aber jene jedenfalls tiefer liegende nicht verneint wird.

auflegte, so zu handeln, daß er nicht in dieser Beziehung nachlässig erscheine. Dies folgt aus dem Begriffe der secundären substituirten Leistung, welcher eben der Gedanke einer Fortsetzung der Möglichkeit der Erfüllung zum Grunde liegt. Deßhalb muß denn auch das Recht, wenn der Gläubiger in der Lage ist, eine secundäre Leistung als Folge der Nichterfüllung geltend zu machen, vom Schuldner ebensowohl, als wenn auf die primäre Leistung geklagt würde, den Beweis verlangen, daß er seine Schuldigkeit gethan, seine Verbindlichkeiten in der That erfüllt habe und nicht nachlässig gewesen sei. Der Umstand, daß das gegenwärtige Verlangen des Gläubigers mit dieser ursprünglichen Schuldigkeit, bezüglich deren die Frage, ob sie erfüllt sei oder nicht, in der Vergangenheit bereits entschieden sein muß, praktisch nicht mehr zusammenstimmt, kann auf jene Forderung des Rechts keinen Einfluß ausüben. Denn die Klage entnimmt, wie oben gelehrt wurde, ihre thatsächliche processualische Grundlage eben aus der Vergangenheit, und die Parteien reproduciren im Processe die Factoren des Rechtsverhältnisses, deren anzuerkennende Wirkungsfähigkeit eben zur Annahme der gegenwärtigen Existenz des Anspruchs führt. Eben deßhalb also, weil jene Schuldigkeit entschieden auf ihm ruhte, muß der Schuldner auch darthun, daß er sie erfüllt habe, widrigenfalls ihn, wie ein Präjudiz, die Substitution der Ersatzleistung, oder irgend eine vom Rechte statuirte Folge der Nichterfüllung trifft.

Dieses so natürliche und vernunftmäßige leitende Princip finden wir im römischen Rechte in der größten Ausdehnung ausgedrückt, und wir begegnen ihm dort in den mannigfaltigsten Verhältnissen.

Ich will hier zunächst nur vorübergehend an die exceptio non adimpleti contractus erinnern. Durch deren Vorschützung kann der Verklagte auch nicht intendiren, daß er die Gegenleistung erlange, sondern etwas ganz Anderes [2]), die Zurückweisung der Klage. Wollte man nun dieser exceptio eine vollständige thatsächliche Grundlage geben, so müßte man sie ebensowohl, wie bei Geltendmachung einer Ersatzleistung, in der Thatsache der Nichterfüllung suchen. Denn diese ist und bleibt immer das nächste thatsächliche Motiv, der nächste materielle Grund der Anerkennung des fraglichen Rechts. Diese Thatsache gehört aber entschieden nicht zur processualischen Begründung dieser exceptio [3]), sondern nur der Umstand, daß der Gegner eben eine Gegenleistung schuldig geworden ist. Von ihm wird daher der Beweis erwartet, daß er sie erfüllt, daß er seine Schuldigkeit gethan habe, und zwar soll er diesen Beweis nicht zu dem Zwecke führen, um einen auf diese Gegenleistung gerichteten Anspruch zurückzuweisen, sondern um seinen eigenen Anspruch durchzusetzen.

Klagen auf Rechnungsablegung.

§. 18.

Dasselbe Princip tritt uns ferner recht auffallend entgegen bei den Klagen auf Rechnungsablegung, deren Statt-

---

2) Ich hebe dies hier besonders hervor, weil dieser Umstand oft als Grund irriger Ansichten über den Klagegrund gemißbraucht worden ist, worauf ich später noch einmal zurückkommen werde.

3) Es würde höchst überflüssig sein, die Belege zu dieser Lehre hier noch einmal zu wiederholen; es möge vielmehr eine Hinweisung auf die Ausführung von Heerwart im Arch. f. civ. Praxis Bd. VII S. 335 flgg. genügen. Das Entgegenkommen der dort und hier ausgesprochenen Rechtsansichten dient zur gegenseitigen Bestärkung beider Lehren.

haftigkeit gegen Procuratoren und Vormünder wir ausgesprochen finden in

L. 46 §. 4 D. de procurat. (3. 3),
L. 1 §. 3 D. de tutelae act. (27. 2),
L. 9 Cod. arbitrium tutelae (5. 51).

Wenn einem Procurator oder Vormunde als solchem fremdes Vermögen anvertraut ist, so geht seine Verbindlichkeit zunächst auf eine treue, redliche Verwaltung und dann auf die endliche Restitution aller Bestandtheile dieses Vermögens. Hier folgt nun aus der Natur der Verhältnisse, daß der Umfang dieser Vermögensrestitution ganz von der pflichtmäßigen Verwaltung abhängig und daher in ihr die hauptsächlichste Verpflichtung zu finden ist, aber auch, daß eine Klage auf treue Erfüllung dieser Verwaltungspflicht deßhalb immer als unpraktisch erscheinen würde, weil die Verletzung derselben sich meistens erst nach Beendigung der Verwaltungsperiode zeigen wird und abgesehen davon ein völlig wirksamer richterlicher Zwang zur treuen Erfüllung dieser Verbindlichkeiten während der dauernden Verwaltung schwerlich herzustellen sein möchte. Unter diesen Umständen bliebe daher Nichts übrig, als nach Beendigung der Administration auf Restitution des Vermögens und, wenn diese zwar freiwillig, aber nach der Ueberzeugung des Forderungsberechtigten wegen pflichtwidriger Verwaltung mangelhaft und unvollständig erfolgt wäre, auf Ersatz zu klagen. Dieser Ersatz könnte sich nur zunächst bloß auf die Verletzung der Verbindlichkeit zur ordentlichen Vermögensverwaltung gründen, während doch die nachträgliche directe Erfüllung derselben zur Zeit vernünftigerweise nicht mehr verlangt werden kann; denn das in dieser Beziehung Versäumte würde eben nicht mehr nachzuholen sein. Da aber der Umfang der Ersatzpflicht, oder der secundären Leistung vom Kläger genau bestimmt werden müßte, so würde er in

diesem Falle dem Beweise, daß der Vermögensverwalter und wie weit er seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe, nach den über den Klagegrund geltenden Regeln schwerlich ausweichen können. Denn außerdem möchte unter den gegebenen Verhältnissen der Nachweis eines quantitativ genau bestimmten Vermögensanspruchs nicht wohl möglich sein. Gleichwohl würde begreiflicherweise eine solche Forderung des Rechts sehr oft zur Quelle großen Unrechts werden; denn den betreffenden Personen würde meistens das zur genaueren Ermittelung ihrer Ansprüche erforderliche Material unzugänglich, und sie würden dann genöthigt sein, die an ihnen begangenen Rechtsverletzungen unausgeglichen zu lassen und eben Unrecht zu leiden.

Das römische Recht ist aber weit entfert, der Rechtsverfolgung solche Schwierigkeiten entgegenzustellen; es läßt vielmehr in diesen Fällen den überwiegenden Einfluß jenes stärkeren Princips, wonach vom Schuldner Rechenschaft darüber, ob und wie er seine Schuldigkeit gethan habe, unter allen Umständen zu fordern ist, recht scharf hervortreten, indem es hier geradezu eine vermittelnde Obligation anerkennt, aus welcher der Schuldner zunächst auf Rechenschaft über seine Handlungen belangt werden kann. Die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung ist eine gemischte. Zunächst ist sie gerichtet auf Vorlegung einer Rechnung über die Verwaltung des anvertrauten Vermögens, insbesondere über Einnahme und Ausgabe, sowie auf Vorlegung und Herausgabe aller darauf bezüglichen Urkunden, Belege und Lieferung sonstiger Nachweise. Dann aber geht sie auch zugleich auf vollständige Auszahlung des sich ergebenden, verbliebenen Bestandes. Im Hinblick auf diesen endlichen und Hauptzweck wird dann gesagt: „rationes reddere nihil aliud est, quam reliqua sol-

vere“ [1]). Die Klage auf Rechnungslegung bezweckt also eigentlich zunächst die Leistung von Beweisen darüber, ob und wie weit man seine obligatorischen Verbindlichkeiten erfüllt habe und was deßhalb noch zu thun übrig bleibe, und man kann daher mit Recht sagen, daß in diesen Fällen die Beweispflicht zu einer besonderen klagbaren Obligation erhoben worden sei. Man wird aber auch zugestehen müssen, daß die Anerkennung dieser Obligation im Rechte sich nur auf das oben entwickelte Princip gründen könne und daß sie umgekehrt als ein wichtiger Beleg für die Wahrheit und Gültigkeit dieses Princips angesehen werden müsse.

Actio tutelae subsidiaria.

§. 19.

Wenn nun schon mit Obigem einige beachtenswerthe Nachweise dafür geliefert worden sind, daß das vorangestellte Princip im römischen Rechte lebendig geworden sei, so finden wir es sogar in dessen Quellensammlung mit dürren und klaren Worten ausgesprochen. Es wird nämlich in l. 11 D. de probat. (22. 3) gesagt:

> „Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse; nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit, providere, ut pupillo caveretur.“

Mit dieser Stelle von Celsus stimmt überein die von Ulpianus herrührende l. 1 §. 13 D. de magistr. conven. (27. 8):

> „Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat, fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant, eos solvendo fuisse.“

1) L. 32, 50 u. 111 D. de condit. et demonstrat. (35. 2); Cujacii comment. ad Africanum, tractat. IX, ad l. 32 D. de condit. et demonstrat.

Die wichtige Bedeutung dieser Stellen für die hier behandelte Lehre ist wohl nach den vorausgeschickten Erörterungen nicht zu verkennen und sie veranlaßt mich, etwas länger bei deren Erklärung zu verweilen und ihre Tragweite etwas genauer zu ermessen.

Für die Vermögensnachtheile, welche der Pupill während der Vormundschaft erlitten hat, haftet zunächst der Vormund, wenn er sie verschuldete. Er ist nach beendigter Vormundschaft mit der actio tutelae zu belangen, und zwar zunächst auf Rechnungsablegung. Er wird also, wie oben bereits ausgeführt wurde, mittelst dieser Klage dazu angehalten, darzulegen, ob und wie weit er seine Verbindlichkeiten erfüllt habe. Ergiebt sich hiernach, daß er dies nicht gethan und daß der Pupill dadurch einen Vermögensnachtheil erlitten habe, so ist er anzuhalten, diesen zu ersetzen. Ist sein Vermögen dazu nicht ausreichend, so kommen seine Bürgen an die Reihe und so zuletzt die magistratus, deren officium erforderte, für die Bestellung tüchtiger Bürgen des Vormunds zu sorgen. Dies officium ist zwar zunächst eine zum öffentlichen Rechte gehörige Amtspflicht; allein sie wird dem Pupillen gegenüber durch das zwischen ihm und dem magistratus begründete Rechtsverhältniß zu einer obligatio, aus welcher die actio tutelae subsidiaria, eine der actio tutelae nachgebildete actio utilis entspringt [1]). Das Recht, mit dieser Klage Ersatz erlittener Vermögensnachtheile zu fordern, gründet sich lediglich auf die obligatorische Verbindlichkeit der magistratus, zufolge deren sie namentlich für solvente Bürgen sorgen müssen. Nur dann, wenn sie in dieser Beziehung nachlässig gewesen waren, hafteten sie subsidiarisch.

---

1) L. 9 D. de magistr. conven. (27. 8); Puchta, Pandekten §§. 353 u. 357.

Mit demselben Grunde nun, aus welchem manche Rechtslehrer in ähnlichen Fällen die Nichterfüllung der Rechtsobliegenheit als eine den Klagegrund bildende Bedingung des verfolgten Rechts betrachten, könnte man auch in diesem Falle ein solches Erforderniß aufstellen. Ja, die Consequenz jener irrigen Ansichten über den Klagegrund erforderte es sogar, zu sagen, das Recht des Pupillen auf Ersatz sei abhängig gemacht von der unterlassenen Sicherstellung; folglich gehöre dieser Umstand mit zum Klagegrunde, und man möchte sogar aus den hier betrachteten Stellen und ihrer nachdrücklichen Fassung schließen, daß selbst bei den Römern hin und wieder solche Ansichten aufgetaucht seien und daß wir jene ausdrücklichen und so scharf hervorgehobenen Entscheidungen dieser Frage gerade einer solchen überwundenen Meinungsverschiedenheit verdanken.

In der That wollen aber auch unsere Stellen zu den meisten der heutzutage herrschenden Theorien über Beweispflicht nicht so recht passen. Man hat sie daher durch mancherlei Erklärungen passend zu machen gesucht, anstatt den wahren Grund davon in der Mangelhaftigkeit der Theorieen selbst zu finden. So hilft sich Weber[2]) mit einer allgemeinen Phrase, mit welcher um so weniger Etwas anzufangen ist, als sie eigentlich eine petitio principii enthält. Er setzt nämlich ohne Weiteres voraus, der magistratus müsse die Verbindlichkeit, für den Nachtheil zu haften, anerkennen, und die Behauptung, tüchtige Bürgen bestellt zu haben, sei ein Vorwand, mit welchem er sich außer Schuld zu setzen suche. Auf diese Weise ist aber die Verbindlichkeit des magistratus in der That nirgends gesetzlich bestimmt worden.

---

2) Verbindlichkeit zur Beweisführung (3. Ausg.) VI. §. 20. Richtiger ist das von ihm in den §§. 21—25 Gesagte.

Heffter[3]) sagt, wenn der Beweis negativer Begründung erlassen werde, so liege eine Rechtsbegünstigung vor, oder es finde in den Verhältnissen seine Rechtfertigung. Er erklärt sodann unsere beiden obigen Stellen mit den Worten: „Die Bürgen sollten jetzt ausreichen; dies ist gleichwohl nicht der Fall.“ Dieser Grund ist aber vollkommen unrichtig und quellenwidrig; denn in l. 1 §. 11 u. 12 D. de magistr. conv. (27. 8) heißt es:

> „Quod si satis exegit; quamvis postea facultatibus lapsi sint fidejussores, nihil est, quod ei, qui dedit, imputetur; non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare;“ ferner: „Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit.“

Bei dieser Fassung der Gesetzesworte würde es sehr willkürlich sein, den Klagegrund so nachdrücklich und vorzugsweise in die Thatsache zu setzen, daß die Bürgen gegenwärtig nicht solvent seien. Welche Bedeutung der Thatsache des eingetretenen Vermögensverlustes beizulegen sei, wird weiter unten entwickelt werden. Hier sei nur noch bemerkt, daß die oben allegirte l. 11 D. de probat. ganz bestimmt und ausdrücklich dem magistratus den Beweis des Umstandes, daß er tüchtige Bürgen bestellt habe, lediglich aus dem Grunde auferlegt, weil dies seine Schuldigkeit gewesen sei und er nachweisen müsse, daß er seine Verbindlichkeiten erfüllt habe. Hiernach ist denn auch die Entstehung dieser Verbindlichkeit als der Hauptfactor des Rechtsverhältnisses zu betrachten.

Wollte man endlich diese Gesetzesstellen[4]) etwa gar durch

3) System des Civilprocesses §. 220 Anm. 19. — Man vergleiche auch Linde, Zeitschrift für Civilr. und Proc. Bd. I. S. 116.

4) Es ist von den im Eingange dieses §. aufgeführten Stellen die Rede.

eine singuläre Rechtsbegünstigung der Pupillen zu erklären versuchen, so würde ich diesen Versuch für eine reine Willkürlichkeit erklären müssen. Denn, wenn man auch vom römischen Rechte rühmen kann, daß es in der Fürsorge für das Beste der Bevormundeten Außerordentliches geleistet hat, so kann man ihm doch nicht nachsagen, daß es seine Art sei, singuläre Rechtsbegünstigungen in dieser Weise einzuführen, wo die Entscheidung so einfach als die natürliche Folge eines allgemeineren Rechtsprincips hingestellt wird. Ueberall, wo die sogenannten mitleidswürdigen Personen bedacht werden, drücken sich doch die Quellen ganz anders aus, so daß man sofort die Singularität der Bestimmung herausfühlt. Hier aber steht geschrieben, die magistratus müßten den Beweis führen, daß sie ihre Schuldigkeit gethan hätten. Diesen Beweis müssen ja aber, wie oben gezeigt wurde, gerade ebenso auch die Vormünder und Procuratoren führen, namentlich wenn sie auf Rechnungsablegung belangt werden. Wo sollte denn nun hier gerade die Singularität einer besonderen Rechtsbegünstigung herkommen? Der ganze Titel „de magistr. conven." weist überhaupt keineswegs eine besondere Neigung des römischen Rechts nach, die magistratus zu Gunsten der Pupillen etwa außerordentlich zu drücken, oder letztere in ihrer Beziehung zu diesen besonders zu begünstigen. Dies beweist außer den bereits angeführten §§. 11 u. 12 noch §. 14 der lex 1 h. t., wo dem Pupillen ein „privilegium in bonis magistratus" geradezu abgesprochen wird.

Die Art und Weise endlich, wie Schmid[5]) jene Stellen durch seine eigenthümliche Theorie von der Beweislast bei der culpa[6]) zu erklären sucht, ist ebenso ungenügend, wie

5) Handbuch des Civilproc. §. 123, S. 182, 187 u. 188.

6) Die hauptsächlichsten Irrthümer bei dieser Theorie bestehen darin, 1) daß der Frage, ob omnis, oder bloß lata culpa zu präftiren

sein Versuch, diese Theorie eigentlich im Wesentlichen auf diese Stelle zu gründen.

Actio tutelae subsidiaria (Fortsetzung).

§. 20.

Das hier in Frage stehende Verhältniß zwischen dem Pupillen und magistratus ist, wie schon bemerkt, gleich der Vormundschaft selbst, als ein contractartiges aufzufassen, und der aus demselben entspringende, mit der actio tutelae subsidiaria zu verfolgende Entschädigungsanspruch setzt allerdings, wie fast alle Entschädigungsansprüche aus Contractsverhältnissen, überhaupt voraus, daß die Ursache des Schadens gegenüber den obligatorischen Verbindlichkeiten des Beklagten nicht als eine casuelle erscheint. Insofern aber in diesem Falle immer eine culpa des Verpflichteten vorliegt, durch welche es geschehen ist, daß der ursprüngliche Gegenstand der Obligation nicht geleistet wurde, setzt sie auch diese voraus [1]). Allein dies Erforderniß hat bloß eine Bedeutung für den allgemeinen richterlichen Gesichtspunct, es ist eine materielle Voraussetzung des endlichen Obsiegens im Rechtsstreite, kann aber aus diesem Grunde noch nicht für einen Bestandtheil des processualischen Klagegrundes ausgegeben werden [2]).

Indem ich mich zur allgemeinen Begründung dessen auf das Vorhergehende zurückbeziehe, will ich hier nur noch Fol-

---

sei, ohne triftige Gründe ein Einfluß auf die Regulirung der Beweislast eingeräumt wird (vergl. Weber a. a. O. §. 25), 2) daß die culpa in Contractsverhältnissen als eine solche besondere verpflichtende Thatsache angesehen wird, welche eine neue auf das Interesse gerichtete Obligation erzeuge und deßhalb den Klagegrund bilde.

1) Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obl.-Rechte, II. Vom Interesse §§. 1, 7—10; Puchta, Pandekten §. 357.

2) Vergl. Helmolt a. a. O. S. 140—143.

gendes hervorheben: die Rechtsverletzung besteht in obligatorischen Verhältnissen in der Nichterfüllung, oder nicht rechtzeitigen uud nicht gehörigen Erfüllung der obligatorischen Verbindlichkeiten. So ist denn auch die mora, die rechtswidrige Verzögerung der Leistung, eine Rechtsverletzung; ebenso auch der dolus und die culpa in Contractsverhältnissen. Ihr Wesen besteht hier auch in der Nichterfüllung überhaupt, oder in der nicht gehörigen Erfüllung der rechtlichen Verbindlichkeiten, sie fallen immer mit der Nichtleistung des ursprünglichen Gegenstands der Obligation zusammen. Die Folgen dieser Rechtsverletzungen bestehen nun immer in der Substitution von Ersatzleistungen, in der Nothwendigkeit der Gewährung eines zweiten substituirten praktischen Objects der Obligation. Zur Erreichung dessen entsteht aber durch jene Rechtsverletzung keineswegs eine neue, auf diesen secundären Erfolg gerichtete Obligation, sondern die einzige vorhandene Obligation nimmt nur bei ihrer Geltendmachung aus eigener, innerer Berechtigung die Richtung auf das secundäre praktische Object an, und zwar in dem Falle, wenn das erste praktische Object (ganz abgesehen von der Frage, ob es bereits pflichtmäßig geleistet worden sei oder nicht) nach den vorliegenden Verhältnissen nicht **mehr** erreicht werden kann, wenn es zur Zeit nicht mehr möglich ist, daß der Schuldner jenes noch leiste.

So stellt sich die processualische Seite dieser Verhältnisse im Einklange mit allgemeinen Rechtsideeen und insbesondere auch im Einklange mit den römischen Rechtsquellen dar. Denn das römische Recht, welches den Satz „actor probare debet, quod intendit“ aufstellt, würde in einen schreienden Widerspruch mit sich selbst gerathen sein, wenn es eine besondere, selbstständige, auf die Rechtsverletzung gegründete und auf Leistung des Interesse gerichtete Obligation an-

nähme und dennoch den Beweis jener Rechtsverletzungen nicht vom Kläger verlangte, also eine Klage ohne Klagegrund zuließe. Es würde hiernach ferner auch insofern mit sich selbst in Widerspruch gerathen sein, als es in der citirten lex 11 D. de probat. das praktische Princip aufstellte, daß bei der Frage, ob Jemand bestimmte obligatorische Verpflichtungen erfüllt habe oder nicht, der Schuldner selbst zu dem Zwecke, um die verlangten secundären Leistungen von sich abzuwenden, den Beweis der erfüllten Rechtspflichten zu führen habe. Solche Widersprüche dürfen aber im römischen Rechte nicht so leicht angenommen werden, am Wenigsten, wenn die scheinbar collidirenden Grundsätze sich so einfach und vernunftgemäß, wie eben gezeigt wurde, in Einklang bringen und juristisch erklären lassen.

Wenn sich nun nachweisen läßt, daß die römischen Juristen die Beweislast in den fraglichen Fällen überall in diesem Sinne regulirt, wenn man ferner annehmen und zugeben muß, daß sie dies nicht principlos gethan haben, daß vielmehr das Princip, welches ihnen bei diesen Fragen maßgebend zu sein schien, in der angezogenen lex 11 D. de probat. mit klaren Worten ausgesprochen sei, so muß man auch die von mir entwickelte, noch weiter auf die innerste juristische Natur der Verhältnisse zurückgehende Theorie als wahr und richtig anerkennen. Denn ohne sie würde jene Casuistik ohne innern Halt und in Collision mit den obersten Grundsätzen vom Klagegrunde dastehen.

Mora und culpa.

§. 21.

Um noch anderweite Quellenzeugnisse zu liefern, wende ich mich zunächst zur Betrachtung dessen, was über den Beweis der mora des Schuldners gesagt wird. Es möchte zwar

auf den ersten Blick die Frage, ob der Beweis der hier in Betracht kommenden Rechtsverletzung zur Geltendmachung der Folgen der mora erforderlich sei, als unpraktisch erscheinen, weil hier jedesmal direct auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation und nur in Verbindung damit auf die Folgen der mora geklagt wird. Allein bei näherer Betrachtung muß man finden, daß diese Frage, abgesehen vom wissenschaftlichen Interesse, auch ihren praktischen Werth hat. Denn, wollte man annehmen, daß die Rechtsverletzung, welche in der mora enthalten ist, eine selbstständige, auf die Verzugszinsen gerichtete neue Obligation erzeugte, so müßte man der Consequenz halber auch im Executivprocesse die Anforderung an den Kläger stellen, seine Forderung auf die Verzugszinsen sofort durch einen Urkundenbeweis über die rechtswidrige Verzögerung liquid zu machen. Es ist zwar meines Wissens niemals irgend Jemandem eingefallen, einen solchen Zweifel zu zu erheben; er konnte aber in der That mit eben so viel Grund erhoben werden, wie man in anderen juristisch ganz ähnlichen Fällen die Grenzen des Klagegrundes auf unnatürliche und der Rechtsvernunft widerstrebende Weise erweitert hat.

Daß aber zur processualischen Geltendmachung der Folgen der mora in der That kein anderer Beweis erforderlich ist, als der der erfolgten Interpellation, geht schon aus l. 32 pr. u. §. 1 D. de usuris et fruct. (22. 1) hervor, wo der Beweis des Klägers ausdrücklich nur auf den Umstand beschränkt wird, daß die Interpellation „oportuno loco“ und mit dem gehörigen Ernste erfolgt sei, während nirgends in den Quellen vom Kläger der Beweis, daß der Beklagte die Zahlung dennoch unterlassen habe, oder daß ihm auch eine wirkliche Verschuldung bei der Verzögerung zur Last falle, ge-

forbert, vielmehr die entgegengesetzten Umstände als Gründe für Einwendungen des Schuldners bezeichnet werden [1]).

Die richtige Begründung dieser Entscheidung liegt nach Obigem darin, daß die Rechtzeitigkeit der Leistung als wesentlicher Bestandtheil des ursprünglichen Objects der Obligation aufzufassen ist, welche nunmehr, nachdem die rechte Zeit vorüber ist, durch die substituirte Ersatzleistung künstlich erfüllt werden muß. Damit stimmt es denn auch vollkommen überein, wenn die Römer von den Verzugszinsen sagen: „non sunt in obligatione, sed officio judicis praestantur“ [2]), ferner „non enim duae sunt actiones, una sortis, alia usurarum, sed una“ [3]). Es ist nämlich nur die ursprünglich gewollte Leistung in obligatione, diese aber auch in ihrem ganzen Umfange, selbst mit Rücksicht auf den Ort und die Zeit [4]). Die Ausgleichung des Interesse an der unmöglich gewordenen Leistung mittelst des secundären praktischen Objects geschieht officio judicis, d. h. der Richter erkennt auf die Ersatzleistung, obgleich sie nicht in obligatione ist [5]).

In ganz gleicher Weise sind die Verhältnisse juristisch zu construiren, wenn die Erlangung des ursprünglichen Objects der Obligation ganz, oder zum Theil durch den dolus, oder die culpa des Schuldners vereitelt worden ist. Hat der Schuldner seine Obligation in der That pünctlich und nach Billig-

---

1) Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obl.-R. III. (Mora), §. 8. —

2) L. 49 §. 1 D. de act. empti et vend. (19. 1).

3) L. 4 Cod. depositi (4. 34). Zwar ist in dieser Stelle von anderen, als Verzugszinsen, die Rede; der Ausspruch gilt aber ebenso auch bei Verzugszinsen. —

4) §. 33 J. de act. (4. 6); l. 12 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16) „et tempore minus solvitur.“ —

5) Mommsen a. a. O. §. 26.

keit rechtschaffen erfüllt, so kann freilich von einer **mora, culpa** und einem **dolus** desselben keine Rede sein. Allein, so wichtig diese Frage für den endlichen Ausgang des Processes ist, so wenig gehört doch der Umstand, daß er seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe, zum Klagegrunde. Die verpflichtende Thatsache, auf die sich der Kläger allein zu berufen hat, besteht vielmehr bloß in der Obligation, vermöge welcher der Schuldner gehalten war, das ursprünglich beabsichtigte Object zu leisten und in seinen speciellen Beziehungen zu dem fraglichen Rechtsverhältnisse den Ansprüchen des Gläubigers gegenüber die gehörige **bona fides**, bezugsweise **diligentia** und **custodia** zu beobachten [6]). Hat der Verpflichtete des Gläubigers Rechte z. B. dadurch verletzt, daß er die seiner Obhut anvertraute Sache verdorben oder beschädigt zurückgiebt, so muß freilich der Kläger diese Beschädigung der Sache mit anführen und beweisen, aber nicht deßhalb, weil sie als die verpflichtende, eigentlich rechtserzeugende Thatsache anzusehen wäre, sondern deßhalb, weil dadurch die Unmöglichkeit, die ursprünglich zu gewährende directe Erfüllung noch mit Grund erwarten zu können, folglich der Fall der Substitution der Ersatzleistung, sowie der Umfang derselben dargethan werden soll. Nach diesem Zwecke ist daher diese Anführungsverbindlichkeit begrenzt, und sie erstreckt sich folglich nicht mit auf die andere factische Frage, ob der entstandene Nachtheil dem Beklagten auch zuzurechnen sei. Denn hat der Schuldner seine obligatorischen Verbindlichkeiten pflichtmäßig erfüllt, und ist der Nachtheil ohne seine Schuld entstanden, so ist es lediglich seine Sache, dies an- und auszuführen. Dieselbe Bewandniß hat es auch mit dem besprochenen Falle der **actio tutelae subsidiaria**.

6) L. 68 pr. D. de contrahenda empt. (18. 1); Hasse, Die Culpa des röm. R. §. 35.

In Uebereinstimmung mit den bereits citirten wichtigen Stellen und zur Bestärkung des Gesagten finden wir dieses Resultat vielfach in den Quellen ausgesprochen [7]).

Sehr instructiv für diese Frage scheint mir außerdem auch die L. 91 D. de verb. obl. (45. 1) zu sein, indem sie die der römischen Jurisprudenz eigene Anschauung dieser Verhältnisse recht deutlich wieder giebt. Hier sehen wir überall den Grundsatz durchgeführt, daß nur die casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung eine Befreiung des Schuldners von der Obligation bewirkt, während die gegensätzliche, durch die culpa des Schuldners entstandene Unmöglichkeit der Erfüllung keinen hinderlichen Einfluß auf den Fortbestand der Obligation ausübt, „perpetuare, producere obligationem." Wir ersehen endlich aus §. 7 dieser lex ganz klar, daß überhaupt die Entstehung einer besonderen auf die secundäre Leistung gerichteten Obligation von den Römern nicht angenommen wurde.

Sehr gut erklärt Cujacius (Comment ad h. l.) diese Stelle mit den Worten: „Hujus regulae effectus ii sunt, ut homo, qui facto promissoris periit, adhuc peti possit. Fiet autem in aestimationem condemnatio. Aestimatio peti non potest, quia aestimatio proprie non debetur, sed officio judicis aestimatio venit et quasi debetur." Daß heutzutage in solchem

7) Man vergleiche l. 5 Cod. de pign. act. (4. 24), l. 9 §. 4 D. locati (19. 2). l. 5 §. 1, l. 6 §. 1 u. l. 27 §. 2 D. mandati (17. 1), l. 31 §. 11 D. de Aed. ed. (21. 1), Pauli rec. sent. V. 7 §. 4. — Man vergleiche auch über diese Lehre Weber a. a. O. §§. 21—25, Puchta, Pand. §. 267 a. E., Kierulff, Theorie des Civilrechts §. 12 S. 292—293, endlich Mommsen, Beiträge II (Interesse) §§. 1, 7—10, 15—16, sowie III (Mora) §. 2. — Auf die hier genannten Autoritäten kann ich an dieser Stelle nur mit einer gewissen Befriedigung Bezug nehmen, da ich mit ihnen im Wesentlichen zu einem Resultate gelangt bin. —

Falle direct auf den Sachwerth, bezüglich das Interesse geklagt wird, liegt vorzugsweise in den veränderten Proceßformen. Auf die Rechtsanschauung selbst kann dies aber keinen Einfluß ausüben, denn es wird, wie schon mehrmals bemerkt wurde, lediglich so angesehen, als ob eben nur das ursprüngliche Object der Obligation mittelst der Substitutionsleistung verlangt werde.

Culpa (Fortsetzung).

§. 22.

Wie unendlich mannigfaltig sich auch im Leben die Fälle gestalten, in denen die Frage entsteht, ob Jemand durch imputable Schuld eine Contractsobligation verletzt habe, und wie verschiedenartig auch die Abstufungen der Imputabilität im Rechte aufgestellt sein mögen, so kann dies doch nach meiner Ueberzeugung keinen Zweifel gegen die Richtigkeit und Anwendbarkeit der oben aufgestellten Rechtsprincipien begründen. Ihre Vernunftmäßigkeit sowohl, wie ihre wirkliche Anerkennung im positiven Rechte möchte in Obigem ziemlich überzeugend nachgewiesen sein, und ihrer gleichmäßigen Anwendbarkeit dürften, wenn man sie nur cum grano salis versteht und erklärt, ebenso wenig Schwierigkeiten im Wege stehen.

Kehren wir noch einmal zu der oben erklärten lex 11 D. de probat. zurück! Hier lag freilich ein ganz einfacher Fall vor. Der Pupill hatte erst den Vormund und dann dessen Bürgen auf Ersatz eines ihm während der Vormundschaft widerfahrenen Vermögensverlustes ausgeklagt, aber wegen deren Insolvenz keine Befriedigung nicht erhalten. Nun war die actio subsidiaria gegen den magistratus begründet, aber weder deßhalb, weil dessen culpa zu präsumiren sei, noch deßhalb, weil er dafür zu sorgen gehabt hätte, daß die Bürgen bis jetzt solvent sein müßten, noch endlich in Folge einer

singulären Rechtsbegünstigung des Pupillen, sondern lediglich deßhalb, weil ihm gleich Anfangs die Verbindlichkeit oblag, tüchtige Bürgen zu bestellen und weil er jetzt Rechenschaft darüber, ob er diese seine Schuldigkeit gethan habe, andernfalls aber die Ersatzleistung schuldig ist. Dies geht aus der Stelle mit der größten Bestimmtheit hervor.

In einem solchen Falle wird die factische Frage, ob der Schuldner dasjenige, was ihm obligationsmäßig oblag, geleistet hat, wegen ihrer großen Einfachheit immer sehr leicht zu entscheiden sein; denn hier müssen ja unverkennbare Merkmale aufzuweisen sein, aus welchen mit Sicherheit zu erkennen ist, ob die Verbindlichkeit genügend erfüllt sei oder nicht, und der Kläger kann es daher ganz ruhig darauf ankommen lassen, ob der Gegner diese nachzuweisen vermag oder nicht. — Nicht immer aber liegen die factischen Verhältnisse so, oder ähnlich, wie hier. Sehr oft werden vielmehr der gerechten und billigen Beurtheilung derselben große Schwierigkeiten theils wegen ihrer complicirten Gestaltung, theils aber auch deßhalb in den Weg treten, weil die Momente, auf welche es ankommt, der böse Wille, oder die imputable Nachlässigkeit des Schuldners, nicht sofort aus den in die Sinne fallenden Thatsachen mit Evidenz hervorgehen, sondern vielmehr in ein zweifelhaftes Helldunkel eingehüllt sind, durch welches dennoch der Richter den Parteien folgen und in welchem er dennoch den Weg des Rechts und der Billigkeit finden muß. Hier wird er denn durch die Natur der Sache genöthigt, sich auf das bedenkliche Gebiet der Schlußfolgerungen von Thatsachen auf Thatsachen zu begeben, um sich auf diese Weise die zur Entscheidung erforderlichen thatsächlichen Ueberzeugungen zu verschaffen. Rechts- und Billigkeitsgrundsätze erfordern nun, daß hierbei ebenso verfahren werde, wie weiter oben bezüglich der Reproduction der Factoren der Rechtsverhältnisse gelehrt wurde. Hat nämlich

der Schuldner Umstände dargethan, welche sich als Merkmale eines obligationsmäßigen Verhaltens charakterisiren und den Statt gehabten Schaden als einen casuellen darstellen, so hat er einen Factor reproducirt, welcher an sich die Fähigkeit und Kraft besitzt, die Befreiung des Schuldners zu bewirken, und der Richter hat diese Wirkung vorläufig anzuerkennen. Dessen ungeachtet können aber wieder andere Umstände vorliegen, welche jene vorhergehende Anschauung der Sachlage zu widerlegen geeignet sind. Dergleichen Möglichkeiten gleich von vorn herein mit zu widerlegen, kann aber dem Beklagten in diesem Falle eben so wenig zugemuthet werden, wie dem Kläger der Beweis der Abwesenheit rechtsvernichtender Momente, wovon weiter oben die Rede war. Hier ist es also vielmehr Sache des Forderungsberechtigten, Umstände hervorzuheben, welche ungeachtet der vorliegenden Vertheidigung die Annahme eines schuldvollen Verhaltens rechtfertigen. Bei der in diesen Fällen besonders denkbaren außerordentlichen Concurrenz von Thatsachen, die in entgegengesetzter Richtung ihre Wirkungen zu äußern vermögen, eröffnet sich natürlich dem Gegenbeweise ein ganz besonders weites Feld. Es liegt also in der Natur der Sache, daß in derartigen Fällen die Bedeutung des Gegenbeweises leicht in so hohem Grade hervortreten kann, daß er den vom Gegner zu führenden, der Reihe nach vorangehenden Hauptbeweis vollständig in Schatten stellt. Dieser Fall wird namentlich sehr leicht dann eintreten, wenn die Frage, ob Jemand in seinen eigenen Angelegenheiten sorgfältiger handelte, von Einfluß wird, sei es nun, daß die Haftung des Schuldners für levis culpa im gegebenen Falle auf die culpa in concreto beschränkt ist, oder daß er überhaupt nur für culpa lata haftet, aber die objectiv nur geringe Nachlässigkeit ihn deßhalb verantwortlich macht, weil er nachweislich in eigenen Angelegenheiten durchgängig weit sorg-

fältiger zu handeln pflegte und deßhalb den Schein auf sich ladet, daß er die fremde Sache absichtlich nachlässiger behandelt habe [1]). Stets wird auch in diesen Fällen der Grundsatz obenan zu stellen sein, daß, wenn das obligatorische Verhältniß überhaupt festgestellt worden ist, der Schuldner vor Allem nachweisen müsse, was er zur Erfülluug seiner Verbindlichkeiten gethan habe. So kann man auch aus der l. 13 §. 1 D. de administr. et peric. tut. (26. 7) — „Non est audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse“ [2]) — meiner Ansicht nach kein Argument für die Geltung abweichender Grundsätze über die Beweislast entnehmen. Denn, wenn auch der letzterwähnte Beweis vom Kläger zu führen ist, so ist doch damit noch nicht gesagt, daß die fragliche Behauptung zum Klagegrunde erforderlich sei. Die Klage gründet sich vielmehr auch in diesem Falle auf die Verbindlichkeit des Vormunds, das Vermögen des Pupillen gewissenhaft und sorgfältig zu verwalten, widrigenfalls er sich die Substitution der Ersatzleistung gefallen lassen muß. Ob ihn nun eine casuelle Unmöglichkeit, oder ein nur leichtes Versehen seinerseits an der Erfüllung jener Pflichten verhinderte und ob er nur in jenem Falle, oder auch schon in diesem von weiterer Haftpflicht frei wurde, darauf kommt zunächst zur Begründung der Klage Nichts an; es hat dies nur Einfluß auf die endliche Entscheidung. In Gemäßheit des obenan stehenden Rechtsprincips mußte der Vormund auch in diesem Falle zuvörderst glaubhaft machen, daß er es an der nöthigen Thä-

1) Vergl. hierüber Hasse, Culpa §§. 57 u. 74; Mommsen, Beiträge III (Culpa) S. 374 flgg., besonders S. 390.

2) Vergl. auch l. 57 pr. D. eod. tit.

tigkeit nicht habe fehlen lassen, bevor der Pupill mit speciellen Thatsachen zur Widerlegung dessen hervorzutreten brauchte. Man kann dies auch recht wohl aus obiger Stelle ersehen; sie läßt deutlich genug erkennen, daß unter dem „si arguatur“ etc. ein Gegenbeweis zu verstehen sei.

Dolus und culpa (Fortsetzung).

§. 23.

Wie mit der culpa, so verhält es sich auch mit dem dolus in Contractsverhältnissen. Da überhaupt über diesen und die culpa lata ziemlich gleiche Grundsätze gelten, so müßte man es schon aus diesem Grunde für bedenklich halten, bezüglich der Beweislast andere Regeln für den dolus anzunehmen [1]). Auch der dolus wird, wie die culpa, durch Schlußfolgerungen aus anderen Thatsachen erwiesen. Handelt es sich nun um die Frage der Prästation eines begangenen dolus in Contractsverhältnissen, oder vielmehr, wovon hier allein die Rede sein soll, um die dolose Nichterfüllung bestimmter Obligationen, so liegt es ebenso wohl, wie bei der culposen Nichterfüllung, dem Schuldner zunächst ob, zu beweisen, daß er entweder erfüllt habe, oder daß ihn eine casuelle Unmöglichkeit daran verhindert habe. Vermag er weder Dieses, noch Jenes zu seinen Gunsten anzuführen, oder mißlingt der desfallsige Beweis an sich, oder in Folge eines gelungenen Gegenbeweises, worüber eben bereits das Nöthige bemerkt wurde, so wird regelmäßig der Schluß auf den begangenen dolus als gerechtfertigt erscheinen. Diese Auffassung geht auf's Deutlichste aus der schon früher in dieser Abhandlung besprochenen l. 1 §. 22 D. depositi (16. 3) hervor: „Hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non

1) Auch in diesem Puncte irrt Schmid a. a. O.

reddat." — Hieraus erhellt aber auch, wie die l. 18 §. 1 D. de probat. (22. 3) — „qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptionibus, docere dolum admissum debet" — verstanden werden müsse. Keineswegs ist nämlich aus derselben zu entnehmen, daß die dolose Nichterfüllung einer bestehenden Obligation als verpflichtende Thatsache anzusehen und vom Kläger zu beweisen sei. Gegen eine solche Annahme würden eine Masse anderer positiver Bestimmungen und alle Grundsätze über Beweislast streiten. Diese Regel setzt vielmehr Fälle voraus, in welchen die dolose Rechtsverletzung die wirkliche factische und rechtserzeugende, oder rechtsvernichtende Grundlage der Klage, oder exceptio bildet, wie z. B. bei Delictsobligationen, bei der actio de dolo u. s. w. — Bei den Delictsobligationen nimmt aber auch die culpa eine andere Bedeutung ein. Hier stellt sich die culpose Rechtsverletzung auch, im Gegensatz gegen die culpa in Contractsverhältnissen, als die zunächst verpflichtende Thatsache dar [2]). Obgleich auch hier die Verhältnisse sich oft so gestalten werden, daß der Verklagte sich veranlaßt finden muß, seine Unschuld durch den Nachweis eines casuellen Ereignisses darzuthun, so ist doch deßhalb in diesem Falle nicht anzunehmen, daß nicht der Kläger die Schuld des Beklagten, sondern dieser seine Unschuld principaliter zu beweisen habe. Der Beklagte führt vielmehr hier einen bloßen Gegenbeweis und nimmt processualisch denselben Standpunct ein, welcher oben dem Gläubiger zugewiesen wurde, wenn er gegen den Exculpationsbeweis des Schuldners den Gegenbeweis zu führen sucht. Allerdings gehört zum Klagegrunde der actio ex lege Aquilia, daß der Beklagte absichtlich oder nachlässigerweise durch

2) Vergl. Hasse a. a. O. §. 35; Mommsen a. a. O. (II. Interesse) §. 15 S. 138—139, §. 16 S. 171—172.

sein Handeln einen Schaden verursacht habe. Allein, wenn der Kläger z. B. anführt und beweist, daß der Beklagte seinen Sclaven todt geworfen, oder erschossen hat, oder daß sein Schiff unter seiner Leitung gegen des Klägers Schiff getrieben worden sei und Schaden gestiftet habe, so hat er einen Factor des Rechtsverhältnisses reproducirt, der in den Augen des Richters stark genug erscheinen möchte, um die Wirkung der Entschädigungsverbindlichkeit auf Grund der an und für sich zu Tage liegenden Culposität auszuüben. Auch hier liegt aber nicht etwa eine Präsumtion, oder eine Schlußfolgerung von Thatsachen auf Rechtsverhältnisse zum Grunde, sondern lediglich eine ganz natürliche Schlußfolgerung von Thatsachen auf Thatsachen. Um diese processualische Gefahr zu evitiren, hat der Beklagte ganz natürlich nichts Dringenderes zu thun, als den richterlichen Gesichtspunct in Bezug auf dieselbe, den Klagegrund bildende Thatsache zu erweitern und seinerseits z. B. hervorzuheben, daß der Sclav im Momente, als das Geschoß entsendet wurde, unberufen auf den zu Wurfübungen bestimmten Platz geeilt und sich selbst dem Geschosse Preis gegeben habe, oder daß z. B. sein Schiff von einer jeden Widerstand vereitelnden Sturmesgewalt ergriffen gewesen sei [3]). Dies sind jedenfalls Momente, welche der Beklagte zum Zwecke eines in gewisser Beziehung eigentlich directen Gegenbeweises zu benutzen hat, während der dem Beklagten obliegende Beweis ganz ähnlicher Momente gegenüber einer Klage auf Erfüllung von Vertragsverbindlichkeiten immer als Hauptbeweis erscheinen muß, indem die Behauptung des Beklagten, entweder die Verbindlichkeiten erfüllt zu haben, oder daran durch unverschuldete

---

3) Vergl. l. 9 §. 4, l. 27 §. 29, l. 29 §. 4, l. 30 §. 3, l. 52 §. 4 u. l. 57 D. ad leg. Aquil. (9. 2). —

Unmöglichkeit verhindert worden zu sein, ihrem Wesen nach eine wahre Einrede im engeren Sinne ist. Indem ich unter letzteren die Berufung auf Thatsachen verstehe, welche direct vernichtend auf das Rechtsverhältniß einwirken, will ich gerade nicht behaupten, daß die obigen, von mir als Gegenstand eines eigentlich directen Gegenbeweises bezeichneten Momente processualisch schlechterdings nicht den Einreden gleich behandelt werden sollten. Der zwischen beiden bestehende Unterschied hindert dies gerade nicht. — Culpa und casus sind keine Rechtsbegriffe, sondern thatsächliche Gegensätze von rechtlichen Wirkungen. Zwischen diesen bewegt sich der Streit der Parteien, jedoch nicht direct, sondern durch das Mittel anderer mehr concreter Thatsachen, deren Complex, deren Zusammenstellung und wechselseitige Beziehungen ein Bild abgeben, in welchem erst jener sublimirte Thatsachenbegriff von culpa oder casus erkennbar wird. Während nun in anderen Verhältnissen concrete Thatsachen direct ein Rechtsverhältniß erzeugen, oder auf ein solches vernichtend einwirken, so vollbringen sie hier diese Wirkung nur mittelbar durch den aus ihnen erst zu sublimirenden Thatsachenbegriff der culpa oder des casus. Letzterer erzeugt bei Delicts- und Contractsobligationen Aufhebung des Obligationsverhältnisses, Erstere aber nur bei Delictsobligationen die Obligationsentstehung, während sie bei Vertragsobligationen nur als Verneinung des casus in Betracht kommt. Stellte man nun die Streitfrage direct so, ob casus, oder nicht casus, also culpa, dolus vorliege, so würde sich der Widerspruch allerdings immer nur als einfache Ableugnung und der desfallsige Beweis als directer Gegenbeweis darstellen. So liegt aber eben die Sache processualisch nicht. Im Processe wird zunächst die Reproduction jener concreten Thatsachen als Factoren nicht des Rechtsverhältnisses, sondern jenes subli-

mirten Thatsachenbegriffs, welcher erst als unmittelbarer Factor des Rechtsverhältnisses erscheint, verlangt. Das Verhältniß der unmittelbar rechtserzeugenden, oder rechtsvernichtenden Thatsachen zum Rechtsverhältnisse ist also dasselbe, wie das jener concreten, vermittelnden Thatsachen zum sublimirten Thatsachenbegriffe der culpa oder des casus. Letztere sind mithin gar nicht einmal Gegenstand der Thatsachenreproduction im Processe. Bei der vollkommenen Gleichheit dieser Verhältnisse ist denn auch Nichts natürlicher und der Rechtsvernunft angemessener, als daß beiderlei Verhältnisse von gleichen processualischen Regeln beherrscht werden. Um die Frage, ob culpa oder casus vorliege, im einzelnen Falle zu beleuchten, kann eine Partei, und dies ist gewiß sehr leicht erklärlich, eine Reihe von Thatsachen reproduciren und so gruppiren, daß sie das Bild einer vorliegenden Culposität an und für sich deutlich hervortreten lassen. Der Gegner aber vermag durch Reproduction einer andern Thatsache, welche er als neue Figur dem Bilde beifügt, sehr leicht jenen Charakter des Bildes so zu verändern, daß nunmehr die Merkmale der Casualität in vorherrschenden Zügen sichtbar werden. Dergleichen vollständig neue Thatsachenreproduction als einfache Ableugnung zu behandeln, würde aber ebenso sehr der Vernunft, wie den herrschenden processualischen Grundsätzen widerstreben. Man muß sie vielmehr ebenso, wie die Reproduction der unmittelbar auf das Rechtsverhältniß selbst einwirkenden Thatsachen, processualisch wie Einreden, bezugsweise Repliken behandeln. Man kann folgeweise von der Partei, welche ihren Anspruch auf die culpa des Gegners, oder ihre Befreiung auf die Negation der eigenen imputabeln culpa, also auf ihre obligationsmäßige Thätigkeit und die Casualität des Schadens gründet, auch nicht verlangen, daß sie bei der Reproduction ihrer positiven thatsächlichen Factoren nebenbei auch noch be-

weise, daß andere Factoren, welche die Situation zu verändern vermöchten, überall nicht in die Wirklichkeit getreten seien. Hierüber müssen vielmehr ganz in gleicher Weise die weiter oben bereits umständlicher entwickelten Grundsätze über den processualischen Klage- und Einrede-Grund entscheiden.

Resultate.

§. 24.

Die in dieser Abtheilung gegebenen Ausführungen bezweckten folgende Beweise:

1) Auch die römischen Rechtsquellen bestätigen, daß die Nichterfüllung obligatorischer Verbindlichkeiten, wenn auch als Rechtsverletzung, doch keineswegs als Bestandtheil des Klagegrundes zu betrachten sei, und zwar auch dann nicht, wenn auf die substituirte secundäre Leistung geklagt wird.

2) Wir finden nämlich im römischen Rechte das Princip vorherrschend, der Schuldner sei im Processe zur Rechenschaft über die Erfüllung seiner Obliegenheiten, und zwar selbst dann verpflichtet, wenn das derzeitige Verlangen des Gegners auch gar nicht, oder doch nicht direct auf die ursprünglich bezweckte Leistung gerichtet sei, der Schuldner müsse stets bei Meidung der im concreten Falle ihn treffenden Folgen der Nichterfüllung beweisen, daß er obligationsmäßig gehandelt und die Verpflichtungen, welche entschieden auf ihm ruhten, erfüllt habe. Dies Princip stimmt in seinem Resultate mit dem Satze, daß die Nichterfüllung kein Bestandtheil des processualischen Klagegrundes sei, vollkommen überein.

3) Eine möglichst weitgehende ausdrückliche Anerkennung dieses Princips finden wir schon in den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen über die exceptio non impleti

contractus, ferner über die Klagen auf Rechnungsablegung, über das weitläufiger besprochene Beispiel der actio tutelae subsidiaria, sowie über die Geltendmachung der Folgen der mora und der culposen und dolosen Nichterfüllung der Obligationen überhaupt.

4) Alle diese Erscheinungen lassen, ohne zu einer Collision mit den über den Klagegrund geltenden Rechtsregeln zu führen, eine befriedigende juristische Erklärung zu, wenn man, wie gezeigt wurde, der secundären Leistung die eigene Grundlage einer besonderen, selbstständigen Obligation nicht zugesteht.

Wenn ich hoffe, diesen Zweck in dem Vorhergehenden zur Genüge erreicht zu haben, so werde ich im Nachfolgenden die weitere Anwendung der gewonnenen Resultate auf einzelne specielle Verhältnisse ähnlicher Art, sowie die Widerlegung einiger besonderen Bedenken und damit zugleich eine noch festere Begründung des Vorhergehenden versuchen.

IV.

Zusammenstellung und specielle Betrachtung einer Gruppe verschiedener Rechtsverhältnisse von dem gewonnenen Gesichtspuncte aus.

Die Conventionalstrafen.

§. 25.

Es ist bisher nur von den gesetzlichen Folgen der in der Nichterfüllung bestehenden Rechtsverletzung bei Obligationen die Rede gewesen, und es ist gezeigt worden, daß dieselben, mögen sie in Verzugszinsen oder in dem durch Schätzung zu ermittelnden Interesse, oder in was sonst bestehen, lediglich als substituirte secundäre Leistungen angesehen sein wollen,

auf welche das Verlangen des Berechtigten und die Verurtheilung sich ohne die Grundlage einer selbstständigen Obligation richtet. Es ist jedoch leicht zu begreifen, daß diese gesetzlichen Dispositionen nicht in allen Verhältnissen ausreichen können, um dem praktischen Bedürfnisse Genüge zu leisten. Wir finden daher schon in den römischen Rechtsquellen reichliche Zeugnisse dafür, daß das Bedürfniß, sich die Erfüllung namentlich der auf ein „facere" im engeren Sinne gerichteten Obligationen durch Privatdisposition, durch vertragsmäßige Substitution qualitativ und quantitativ genau bestimmter und ihrer Natur nach leicht erzwingbarer secundärer Ersatzleistungen möglichst zu sichern, sich selbst eine weit reichende Befriedigung im Rechtsleben anbahnte. Als vorzüglichstes Mittel zur Erreichung des obgedachten Zweckes kannten die Römer die certa stipulatio poenae nomine, die heutige Conventionalstrafe [1]). In den soeben in der Anmerkung allegirten Stellen wird deutlich die Nützlichkeit der stipulatio certae pecuniae anstatt des seinem wahren Umfange nach meist schwer zu beweisenden Interesse hervorgehoben. Der Hauptzweck dieser Stipulation war die processualische Sicherheit des Gläubigers, seine Sicherstellung gegen den ihm durch die Vereitelung der ursprünglich beabsichtigten Leistung drohenden Schaden und die vielen möglichen Hindernisse der Geltendmachung seines Rechts. Es galt demnach vor Allem die Erlangung einer Klage auf ein certum. Entsprechend sowohl diesem Zwecke, als auch dem Wesen der Stipulation [2]) wurde

---

1) Vergl. §. 7 J. de verb. obl. (3. 16), l. 11 D. de stipulat. praet. (46. 5), l. 68 D. de verb. obl. (45. 1). —

2) Die Stipulation erzeugte die Obligation rein durch die Macht der Form unmittelbar durch sich selbst; sie war daher an strenge Formen gebunden und erheischte eine möglichst bestimmte und einfache Fassung. Ihr Wesen gestattete daher nicht bloß, sondern gebot sogar

nun diesen Verträgen regelmäßig die Bedeutung gegeben, daß aus ihnen bloß eine Obligation und Klage auf das secundäre Object entstand, während die eigentlich ursprünglich beabsichtigte Leistung in den Hintergrund trat, und nur das Ausbleiben derselben eine Stellung in der Stipulation dergestalt einnahm, als wenn es das bedingende Ereigniß für die entstehende Obligation sein sollte. Diese Auffassung blieb sich gleich, mochte nun die Stipulation so gefaßt sein:

„Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ (a condicione incipiens), oder so:

„Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?“

Treten uns nun diese Vertragsformen äußerlich vollkommen in der Gestalt bedingter Stipulationen entgegen, so fragt es sich nur, ob sie diesen auch ihrem innern Wesen und ihren Wirkungen nach überall gleich zu achten seien. Wäre dies wirklich der Fall, was würde dann daraus folgen?

Eine wahrhaft suspensiv [3]) bedingte Stipulation erzeugt nicht sofort die zu constituirende Obligation, sondern begründet zunächst bloß die Aussicht, daß die Obligation mit dem Eintritte des bedingenden Ereignisses, sei dies ein positives oder negatives, entstehen werde [4]). Da nun dem Kläger unstreitig der Beweis der Entstehung der Obligation insoweit obliegt, als er einen vollständigen Factor von dieser Wirkungskraft reproduciren muß, so würde in diesem Falle

---

vielfältig, daß der eigentliche materielle Gehalt des Rechtsverhältnisses hinter ihr mehr oder weniger zurücktrat.

3) Es ist hier überhaupt fast immer nur von Suspensivbedingungen die Rede, was man künftig stillschweigend voraussetzen wolle.

4) §. 4 J. de verb. obl. (3. 16). —

der Eintritt des bedingenden Ereignisses sicher als ein wesentlicher Bestandtheil des Klagegrundes anzusehen sein [5]).

Man müßte daher auch in unserem Falle die Beweispflicht des Klägers mit darauf erstrecken, daß der Schuldner dasjenige Object, worauf es nach dem materiellen Inhalte des Rechtsverhältnisses eigentlich ursprünglich abgesehen war, nicht geleistet habe. Möge nun immer die Zumuthung eines solchen Negativenbeweises alsdann vor der allgemeinen Rechtsvernunft bestehen, wenn der Erwerb eines Rechts, oder einer Forderung, vorzüglich ex causa lucrativa, mehr nach Laune von dem Eintritte eines an sich zufälligen Ereignisses, oder von einem Thun oder Unterlassen des einen oder andern Theils, welches jedoch in keiner nothwendigen Beziehung zu den in der Sphäre des bedingten Rechtsverhältnisses liegenden Verbindlichkeiten steht, abhängig gemacht ist; so nimmt doch die Sache einen wesentlich verschiedenen Charakter dann an, wenn das künftige ungewisse Ereigniß in demselben Rechtsverhältnisse die Stelle der Rechtsverletzung einnimmt und die für diesen Fall versprochene Leistung dem wahren Willen der Contrahenten zufolge lediglich die Bedeutung eines Mittels zur Ausgleichung eben dieser Rechtsverletzung hat.

Vor einer egalen Behandlung dieser Verhältnisse sollte schon die Rücksicht auf den Umstand warnen, daß die römischen Juristen dem Gläubiger diese Pönalstipulationen als Sicherheitsmittel empfehlen und anrathen und dabei namentlich den Zweck hervorheben, daß der Gläubiger dadurch des schwierigen und oft mißlichen Beweises des Interesse und seines

5) Dies findet seine volle Bestätigung in der viel besprochenen lex 10 D. de verb. obl. (45. 1.) „non ante peti possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse.“ —

Umfangs überhoben werde. Hätte aber nun der Gläubiger, um aus dieser Stipulation zu klagen, erst nöthig gehabt, den Eintritt der angeblichen Bedingung der poena, nämlich das Ausbleiben der ursprünglich beabsichtigten Leistung zu beweisen, so müßte man, da dieser Beweis (abgesehen von der doch immer sehr mißlichen Eidesdelation) doch weit schwieriger, als jener sein würde, den römischen Rechtsgelehrten nachsagen, daß sie das ihren Rath suchende Publicum aus der Scylla in die Charybdis geschickt hätten. Dies ist ihnen aber in der That so wenig eingefallen, wie ihnen ein Zweifel über die vernunftmäßige Auffassung dieser Verhältnisse beigegangen ist. Möge auch immer diesen Pönalstipulationen die Physiognomie der wahrhaft bedingten eigen sein, so beruht diese Aehnlichkeit doch nur in ihrer rein äußerlichen Formulirung. Möge auch immer hie und da in den römischen Rechtsquellen zur Bezeichnung dieser Verhältnisse das Wort „conditio" gebraucht werden[6]), so kann dies doch nicht als ein entscheidendes Moment angesehen, der Ausdruck muß vielmehr in einem anderen Sinne verstanden werden. Wenn ich nach dem Vorhergehenden und mit Bezug auf den letzterwähnten Sprachgebrauch römischer Juristen mich bewogen finde, zwischen bedingten Obligationen in einem engeren und weiteren Sinne zu unterscheiden, so findet dies Verfahren zwar keine wörtliche und ausdrückliche Rechtfertigung in den römischen Rechtsquellen, wohl aber eine Bestätigung seiner Richtigkeit in dem entscheidenden, wohl verstandenen Inhalte und Sinne derselben, indem sie die oben von mir in einen Gegensatz zu einander gestellten Verhältnisse nachweislich verschieden und nach wesentlich von einander abweichenden Grundsätzen behandeln. Während sie nämlich bei den wahrhaft be-

6) Z. B. in l. 8 u. 115 §. 2 D. de verb. obl. (45. 1). —

dingten Obligationen (im engeren Sinne) die Obligation überhaupt erst mit dem Eintritte des bedingenden Ereignisses entstehen lassen, betrachten sie in unserem Falle (bei der Pönalstipulation) die Obligation an sich als sofort entstanden, nur aber mit der Bestimmung, daß dem Schuldner freistehe, sie durch Leistung des ursprünglich beabsichtigten praktischen Objects, dessen Nichtleistung sich, jedoch nur in der äußerlichen Formulirung des Verhältnisses, wie das bedingende Ereigniß darstellt, ebenfalls zu tilgen. Es wird gesagt, die pro poena stipulirte Summe sei allein in obligatione, das andere Object aber in solutione. Ist ein Termin zu dieser Solution bestimmt, so tritt die Nativität der Klage mit dem Ablaufe dieses Termines ein, außerdem aber, sobald der Schuldner in der Lage war, das ursprünglich beabsichtigte Object leisten zu können, wobei ihn natürlich die verschuldete Unmöglichkeit nicht schützen kann [7]). In ähnlicher Weise nämlich, wie der Stipulation eine dritte Person, ohne daß diese die Obligation erwirbt, bloß solutionis causa inserirt werden kann [8]), darf auch die Beifügung eines zweiten Objects, ohne daß es in obligatione ist, also bloß solutionis causa kein Bedenken erregen. Wir sehen also hier weiter Nichts, als, was bereits weiter oben an anderen Rechtsverhältnissen gezeigt wurde, — eine Obligation mit der Einverleibung zweier einander vertretender Erfüllungsmittel.

Die Conventionalstrafen (Fortsetzung).

§. 26.

Wenn nun in den römischen Rechtsquellen das, was nach der unrichtigen Auffassung die Deficienz der Bedingung

7) L. 44 §. 5 u. 6 D. de obl. et act. (44. 7), l. 115 §. 2 D. de verb. obl. (45. 1), Cujac. comment. ad h. l., Savigny, Obligationenrecht II. §. 80, Vangerow, Pandekten, Anm. zu §. 614. —

8) L. 56 §. 2 u. 3 D. de verb. obl. (45. 1). —

sein sollte, nämlich die freiwillige Leistung des ursprünglich gewollten Objects, als solutio angesehen wird, so muß doch die zu tilgende Obligation, auf welche gerade diese solutio sich bezieht, bereits existiren. Ist dies aber der Fall, so kann das Ausbleiben dieser Leistung doch wohl unmöglich als das Ereigniß anerkannt werden, welches die Obligation erst zur Entstehung bringen soll. Erhellt nun schon hieraus ganz offenbar, daß die römische Jurisprudenz der aus der Pönalstipulation entspringenden Obligation das charakteristische Wesen einer bedingten nicht beigelegt haben könne, so kann ich doch nicht unterlassen, auf die wichtigsten einschlagenden Quellenstellen näher einzugehen, theils deßhalb, weil sie meines Wissens, obgleich vielfältig interpretirt und besprochen, doch noch nicht von meinem Gesichtspuncte aus betrachtet worden sind, theils deßhalb, weil ich in keiner eine Widerlegung, vielmehr in allen im Wesentlichen eine Bestätigung der wissenschaftlichen Wahrheit meiner Auffassung finde. Ich gehe von der Betrachtung der oben schon citirten, dornenvollen lex 44 §. 6 D. (44. 7) aus. Nachdem Paulus im vorhergehenden §. gesagt hat:

> „Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus,“

fährt er im §. 6 fort:

> „Sed si navem fieri stipulatus sum, et, si non feceris, centum: videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se (sc. posterior priorem) et quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est.“ —

Während also Paulus im ersten Falle (§. 5) mit den anderen Rechtsgelehrten darin übereinstimmt, daß nur centum

in stipulatione, fundus aber bloß in exsolutione sei, sucht er im Falle des §. 6 bei der veränderten Fassung der Stipulation auszuführen, daß das Verhältniß, obwohl das praktische Resultat, daß hier ebenfalls nur auf „centum“ geklagt werden könne, dasselbe bleibe, doch juristisch verschieden zu begründen sei. Zur richtigen Würdigung dieses Begründungsversuches muß darauf zurückgegangen werden, daß Paulus bei Beurtheilung des ähnlichen Falles:

> „Si legatum sit, heres meus Sejo penum dato: si non dederit, decem dato“ [1])

eine von Anderen abweichende Meinung vertheidigte. Während nämlich die anderen Juristen auch in diesem Falle annehmen, daß nur decem in legato seien, von penus aber sagen: „mortis causa capi, nec in Falcidiam imputari posse;“ so behauptet Paulus, Anfangs sei allerdings penus in legato und es könne, wenn es ohne Verzug geleistet werde, in die Falcidia eingerechnet werden. Sobald aber der Erbe im Verzuge damit sei, dann ändere sich die Sache, „tunc nec legatum eum accepisse, nec in Falcidiam imputari posse; jam enim transfusum legatum esse, et decem deberi.“ — Dieser Ansicht bleibt Paulus auch an anderen Stellen treu und sucht sie juristisch genauer zu begründen, indem er zu ihren Gunsten eine vierte Art der translatio legati annimmt, — „aut, quod pure datum est, transfertur sub conditione“ —, und das Verhältniß in folgender Weise auflöst:

> „Namque cum dictum est: Publicius fundum dato, perfectum est legatum, et cum dicit: si non dederit,

1) L. 1. §. 8 D. ad leg. Falcid. (35. 2).

centum dato, sub conditione fundi legatum ademptum videri eo casu, quo centum deberi coeperint" [2]).

Es gelingt dem Paulus in diesem Falle, seine Ansicht durch eine juristische Begründung, die sich zur Noth noch hören läßt, zu unterstützen, indem er die über das Verhältniß zwischen dem Erben und Legatar disponirende voluntas testatoris so interpretirt, daß das Ereigniß der nicht freiwilligen Leistung des ersten Objects die factische Grundlage einer Resolutivbedingung bezüglich des ersten Legats und gleichzeitig einer Suspensivbedingung für das zweite Legat sein solle. Hiermit gedachte er das Bedenken, daß offenbar bloß das Geldlegat mittelst einer Klage geltend gemacht werden kann, zu beseitigen. Es muß jedoch sofort einleuchten, daß dieser Erklärungsversuch auf Stelzen geht und in der That an übergroßer Künstlichkeit leidet, indem er dem Testator einen gar zu weitläufigen Gedankengang beimißt. Der Testator will vernünftigerweise in diesem Falle ganz einfach nur ein Legat machen; er will eigentlich, daß der Legatar die Sache erhalten soll. Für den Fall aber, daß die Sache vom Erben nicht freiwillig gegeben werden sollte, setzt er selbst zu Gunsten des Legatars eine Aestimation der Sache, welche lediglich loco rei sein soll, fest. Auf diese Aestimation soll er klagen, und diese soll, wie es ja auch beim Vermächtnisse einer fremden Sache, oder dann, wenn eine Sache Mehreren disjunctim vermacht ist, Statt findet, lediglich für die Sache selbst angesehen werden [3]). Es ist eben nur eine Mehrheit der praktischen Objecte unter der Einheit des juristischen Objects anzunehmen. Und wenn das Verhältniß formell so gefaßt

---

2) L. 24 D. quando dies leg. (36. 2) u. l. 6 pr. D. de adim. leg. (34. 4).
3) Gaji comment. instit. II. §. 202, 205, 261 u. 262. —

ist, daß nur eines jener Objecte das Ziel einer rechtlichen Klage sein kann, so wären nur die zwei Annahmen juristisch möglich, daß bezüglich des andern nicht klagbaren Objects entweder eine bloße naturalis obligatio bestehe, oder daß es, wie die römischen Juristen sagen, nur in solutione (ein beiläufiges Zahlungsmittel) sei. — Die letztere Auffassung ist entschieden die allein vernünftige und richtige, und man wird hiernach auch wohl zugeben müssen, daß die Meinung der Gegner des Paulus in der Hauptsache dem Bedürfnisse der Natürlichkeit und innern Wahrheit mehr Befriedigung gewährt. In diesem Urtheile kann man nur bestärkt werden, wenn man dem Paulus an die oben ersichtliche Stelle (L. 44 §. 6. D. de obl. et act.) folgt, wo er die Consequenzen dieser seiner Ansicht auch bei dem völlig ähnlichen Falle jener Pönalstipulation zu bewahren sucht. Er nimmt, wie dort zwei Legate, so hier zwei verschiedene Stipulationen und Obligationen an, jedoch nicht so, daß die erste, wenn die Bedingung der zweiten einträte, neben dieser noch bestehen bliebe, denn das würde offenbar gegen den Sinn der Stipulation sein; sondern vielmehr so, daß die erste Obligation erlösche, sobald die zweite ins Leben trete. Er kommt aber augenscheinlich bei seinem Streben, diese eigenthümliche Procedur plausibel und anschaulich zu machen, in eine kleine Verlegenheit. Bei dem Legate kam ihm die wie ein Nebel über den Subjecten des Rechtsverhältnisses schwebende voluntas testatoris und die translatio legati einigermaßen zu Statten. Bei den Obligationen aber giebt es eine solche translatio nicht; deren Verwandlung geschieht durch Novation. Diese würde aber hier, wo die Subjecte dieselben bleiben, eine neue causa debendi voraussetzen. Diese liegt aber wieder nicht vor, da ein und derselbe Stipulationsact die gemeinschaftliche Wur-

zel dieser obligatorischen Doppelerscheinung ist [4]). Gleichwohl greift Paulus in der Noth nach diesem Strohhalme und nimmt auch hier wenigstens eine Art translatio, welche eine Art Novation („quasi novatio") sein soll, an. — Was ist denn aber quasi novatio? — Dies ist Nichts, ein juristisches Unding. — Ich kann mich hierbei des Eindruckes nicht erwehren, als müsse man sich nach dieser Vorstellung des Paulus diese Doppelstipulation wie ein fabelhaftes Thier mit zwei Köpfen denken, deren jedem eine bestimmte Function dergestalt zugewiesen sei, daß, wenn der erste seine Bestimmung erfüllt, mit ihm der zweite von selbst verschwindet, entgegengesetzten Falls aber der zweite Kopf den ersten verschlingt und in sich mit aufnimmt.

Allem Anscheine nach fand aber auch diese Paulinische Theorie keinen Beifall bei den anderen römischen Juristen [5]); denn es finden sich nicht nur keine Spuren einer Nachfolge, sondern vielmehr vom Gegentheile vor. So läßt sich namentlich von Papinianus nachweisen, daß er die Ansicht seines Zeitgenossen Paulus nicht theilte. Dies läßt sich mit Sicherheit aus der Art schließen, wie er sich in der citirten lex 115 §. 2 D. (45. 1) über die Stipulation: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" ausspricht. Hiernach war seine Meinung, daß in diesem Falle nur dann zwei besondere Stipulationen und Obligationen an-

4) Cujacius (comment. ad l. 115 D. de verb. obl.) bemerkt zugleich unter Bezugnahme auf die hier behandelte lex 44 §. 6 D. (44. 7) ganz treffend: „Novatio non fit, quia mutatur debitum, et pro Pamphilo pecunia incipit deberi. Novatione non mutatur debitum (das Object), sed causa debendi." —

5) Den Rechtsgelehrten unserer Zeit scheint die Unhaltbarkeit dieser Paulinischen Theorie nicht so aufgefallen zu sein. Vergleiche Vangerow, Pandekten Bd. III §. 614 S. 339, Savigny, Obligat.-Recht Bd. II § 80! —

zunehmen seien, wenn nach dem Willen der Contrahenten im Falle des Verzuges des Schuldners beide Objecte geleistet werden sollten. Außerdem aber sei nur pecunia in petitione, homo aber nur in solutione. In beiden Fällen stimmt er aber dem Sabinus darin bei, daß die Klage sofort erhoben werden könne, sobald der Schuldner in der Lage war, die Sache gewähren zu können, d. h. die Nativität der Klage ist, wie bei allen Klagen aus contractlichen Obligationen, vorhanden, sobald der Gläubiger die Leistung rechtlich erwarten durfte.

Die Conventionalstrafen (Fortsetzung).

§. 27.

Es giebt aber noch mehr Beweise dafür, daß die römischen Juristen die zur Sicherung des Objects einer Obligation geschlossenen Pönalstipulationen bloß der äußeren Formähnlichkeit halber als sub conditione geschlossene Stipulationen bezeichneten, sie aber in vielen wesentlichen Puncten, namentlich bezüglich der Nativität der Klage und bezüglich der Bestandtheile ihres Klagegrundes ganz verschieden von den unter einer wirklichen Bedingung im engeren Sinne geschlossenen Stipulationen behandelten. Dies findet man schon bei einer Vergleichung der L. 8 mit L. 10 D. de verb. obl. (45.1) und der beiden verschiedenen daselbst besprochenen Stipulationen:

1) „Si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?“
2) „Si Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes?“

Im ersten Falle soll, wenn auch Stichus gestorben ist, doch nicht ante Calendas geklagt werden können, sondern der dies noch abgewartet werden. Im zweiten dagegen würde,

wenn z. B. bewiesen würde, daß Titius früher außerhalb Italiens gestorben sei, ante Calendas geklagt werden können. Diese Verschiedenheit der Entscheidungen ist leicht zu erklären, wenn man berücksichtigt, daß der Schuldner im ersten Falle verpflichtet war, den Stichus am festgesetzten Tage, aber nicht früher, zu übergeben und daß, wenn auch diese Verpflichtung nicht mit in die Stipulation aufgenommen worden ist, doch darauf Rücksicht genommen und die Beziehung der Pönalstipulation zum Hauptvertrag nicht ignorirt wird, wogegen im anderen Falle, wo eine wirkliche Bedingung vorliegt, das bedingende Ereigniß, daß Titius nach Italien komme, oder nicht, an und für sich kein Gegenstand einer rechtlichen Verbindlichkeit des Schuldners ist [1]). Die „decem“ werden in diesem Falle, wie meistens bei den wahren und ächten Bedingungen, eigentlich rein ex causa lucrativa erworben.

Ersieht man hieraus, daß in diesen verschiedenen Fällen der Zeitpunct der actio nata verschieden beurtheilt wurde, so glaube ich außer den schon beigebrachten Beweisen auch noch nähere Gründe dafür anführen zu können, daß auch bezüglich der Bestandtheile des Klagegrundes hier verschiedene Grundsätze angenommen wurden.

Sicher kann man wohl behaupten, daß die Pönalstipu-

---

1) Man vergleiche auch l. 72 §. 1. D. h. t. (45. 1) und **Cujacii** comment. ad l. 8 h. t., welcher sehr treffend interpretirt

ad l. 8: „quia id tacite agitur, ut Stichus solvatur et perinde est fere, ac si ita stipulatus essem, Stichum Cal. dabis, et si non dederis, X dabis. Stichus est in exsolutione.“

ad l. 10: „non id agitur, ut Titius in Italiam veniat, utve id promissor curet et praestet, sed stipulationi X quasi qualibet alia conditio (mehr nach Laune), ita haec apponitur, quam ob rem ejus dumtaxat casus spectatur, non dies; nam et dies conditioni est appositus, non solutioni.“ —

lationen regelmäßig, oder doch vorzugsweise da angewendet wurden, wo bereits aus einem nicht formellen Vertrage eine Obligation bestand, und es nun galt, sich die betreffende Leistung möglichst zu sichern[2]). Kam nun zu diesem Zwecke eine Pönalstipulation hinzu, so trat eine gewisse Concurrenz zwischen der Contracts- und der Stipulationsklage ein[3]). Wenn z. B. in einem Kaufcontracte der Käufer sich zu irgend einer Nebenleistung verpflichtet hatte, für den Fall der Nichtleistung aber eine Geldstrafe stipulirt worden war, so konnte der Verkäufer wegen dieser Leistung auf Erfüllung oder das Interesse klagen und hatte keinesfalls zur Begründung dieser Klage nöthig, sich auf das Unterbleiben der schuldigen Leistung zu berufen. Hatte er mit dieser Klage seine Befriedigung erlangt, so konnte er dessen ungeachtet „ipso jure" die Stipulationsklage noch anstellen; sie wurde aber durch die exceptio doli beseitigt[4]). — Diese Concurrenz ist zu erklären durch die formelle Selbstständigkeit der Klage aus der Stipulation. Dieser Selbstständigkeit wurde aber eine so weit reichende Wirksamkeit nicht beigemessen, daß man den Zusammenhang der Stipulation mit ihrer materiellen causa deßhalb gänzlich ignorirt hätte. Es ist vielmehr als ein Zeichen der Anerkennung der Reciprocität beider Verhältnisse und der daraus entspringenden besonderen Klagen anzusehen, daß man das als Voraussetzung der poena formell hingestellte factum nicht der willkührlichen Grundlage einer ächten Be-

2) Weniger passend möchte es sein, mit den neueren Rechtslehrern zu sagen, daß der Vertrag durch die Pönalstipulation hätte verstärkt werden sollen. Dessen Kraft war gerade hinreichend; nur das Objekt konnte allenfalls nicht gesichert genug zu sein scheinen. —

3) L. 41, 42 D. pro socio (17. 2). —

4) L. 28 D. de act. empti vend. (19. 1). —

dingung völlig gleich achtete, sondern vielmehr als Gegenstand einer solutio betrachtete und daß man in Berücksichtigung der Identität des Objects durch Hülfe der exceptio doli die Wirkung der solutio von der nicht formellen Contractsobligation auch auf die Stipulation übertrug. Daß dies mittelst einer exceptio angestrebt werden mußte, war lediglich durch den Einfluß der in der Stipulation herrschenden absoluten Form bedingt. Nach Abstreifung dieser Form kommt aber als der eigentliche materielle Gehalt dieser exceptio nichts Anderes zum Vorschein, als die Einrede der Erfüllung und damit des Wegfalls der Voraussetzung der poena.

Alle diese Resultate dürften nun wohl zu der Überzeugung berechtigen, daß bei derartigen römischen Pönalstipulationen die Thatsache der Nichterfüllung, mag sie auch immerhin in gewisser Beziehung eine Voraussetzung der poena sein, deßhalb doch nicht als Bestandtheil des processualischen Klagegrundes zu betrachten sei.

In dieser Ausführung möge zugleich der Nachweis gefunden werden, daß die Römer wegen der formellen Selbstständigkeit der Pönalstipulation und ihrer Lostrennung vom Hauptvertrage zu der geschilderten juristischen Auffassung dieser Verhältnisse genöthigt waren.

Hat nun das römische Stipulationswesen im heutigen römischen Rechte seine unmittelbar practische Bedeutung insofern, als jedes einfache Pactum klagbar sein kann, und insofern von ihrer materiellen causa losgerissene Obligationen im Allgemeinen nicht mehr existiren, völlig verloren, so folgt daraus, daß auch das Wesen der Conventionalstrafe nach heutigen Rechtsbegriffen einer veränderten juristischen Beurtheilung unterliegen muß. Die materielle Seite der Conventionalstrafe ist und bleibt unter allen Umständen ihre Bedeutung als Mittel zur Sicherung einer angemessenen und

praktikabeln Ersatzleistung für die gänzliche, oder theilweise Vereitelung der Erfüllung, insbesondere auch der Rechtzeitigkeit derselben. Diese Seite trat durch die Stipulation hinter der formellen zurück. Die Folge davon war, daß die eigentlich bloß secundäre Leistung in obligatione, die primäre aber nur in solutione war. Die Verkehrtheit dieses Verhältnisses und seiner strengen Consequenzen gebot aber, daß man aus Vernunftgründen den Zusammenhang mit der materiellen causa in gewisser Beziehung wieder herstellte, was durch die geschilderte Theorie erreicht wurde. Heutzutage bleibt diese materielle Seite ganz unangetastet und entfaltet sich frei von absoluten Formen im ganzen Umfange ihrer Berechtigung, die Conventionalstrafe ist untrennbar von ihrer materiellen causa. Diese causa liegt im Hauptvertrage, durch welchen sich der Schuldner zu einer gewissen Leistung (ursprünglich gewolltes Object, Hauptleistung) verpflichtet. Im unmittelbaren Anschlusse hieran besteht der Strafvertrag in Nichts weiter, als in der conventionellen Substitution eines secundären praktischen Objects mit der auf dieses gerichteten secundären Leistung, welche, ohne in obligatione zu sein, dem Vertrage bloß solutionis causa als ein gewißermaßen auf künstlichem Wege gewonnenes substituirtes Zahlungsmittel angehängt worden ist.

Die Consequenz dieser Ueberzeugung ist die, daß wir die zur Sicherheit der vollen Erfüllung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Obligation beigefügte Conventionalstrafe als vertragsmäßig festgesetztes Interesse aufzufassen und nach Maßgabe der bei diesem geltenden Grundsätze die Nichterfüllung der überhaupt nur einfach vorhandenen Obligation keineswegs als Bestandtheil des Klagegrundes bei Geltendmachung der Conventionalstrafe anzusehen haben. Die Klage ist aber keine andere, als die gewöhnliche Contractsklage,

welche eben nur die besondere Richtung auf die secundäre Leistung annimmt und auch in dieser Richtung die Nativität schon dann erlangt, wenn die Erfüllung nach dem Inhalte des Rechtsverhältnisses erwartet werden durfte [5]). — In dieser Auffassung aber können wir durch die römische Theorie, und deßhalb ist ihre Erkenntniß für uns gerade wenigstens mittelbar von großer Wichtigkeit, nur bestärkt werden. Der Satz nämlich, daß die Thatsache der Nichterfüllung einer Obligation zu den Bestandtheilen des Klagegrundes nimmermehr gerechnet werden könne, ist so naturnothwendig, daß eine vernünftige Rechtsanschauung davon gar nicht ablassen kann. So sehr nun auch das Wesen der Stipulation den Römern die Geltendmachung dieses Satzes bei den Pönalstipulationen erschwerte, so suchten sie ihn doch auch für dieses Rechtsinstitut um jeden Preis zu retten. Sie konnten dies freilich nur durch eine etwas unnatürliche Construction erreichen. Anstatt nämlich die Strafe als Sühnemittel für die unterbliebene Erfüllung, faßten sie die Erfüllung als Sühne- und Erlösungsmittel von der Strafe auf. Hierdurch gewannen sie, ohne von den strengen Erfordernissen der Stipulationen etwas nachzugeben, die Einheit der Obligation mit der Mehrheit und Getheiltheit der Tilgungsmittel. Unser heutiges Obligationenrecht kennt aber eine solche Umkehrung der Verhältnisse und eine solche Erschwerung der natürlichen Rechtsanschauung gar nicht. Heutzutage erscheint die Conventionalstrafe stets in ihrer ungeschminkten natürlichen Gestalt, als gewillkührtes secundäres Mittel zur Tilgung einer Schuld. Und dabei ist es als ein für den Klagegrund wesentliches Moment anzusehen, daß das hierdurch auszugleichende Unrecht nicht in einem Delicte, sondern in der Ver-

5) L. 12 Cod. de contrah. et comm. stip. (8. 38). —

letzung einer obligatorischen Verbindlichkeit besteht. Es ist uns daher im heutigen Rechte das Ziel einer natürlichen und vernunftmäßigen Rechtsanschauung bezüglich dieses Instituts viel näher gelegt, als den Römern. Wir brauchen nur zuzugreifen und uns nicht tactlos zu vergreifen, so haben wir es.

Zwischenbemerkungen über bedingte Obligationen.

§. 28.

Die vorzüglichste Ursache der so vielfach vorkommenden unrichtigen Auffassung der den Gegenstand dieser Untersuchung bildenden Verhältnisse scheint mir, worauf ich schon mehrmals hingewiesen habe, in der Verwechselung derselben mit den eigentlich bedingten Rechtsverhältnissen und zwar vorzugsweise mit negativen Suspensivbedingungen zu liegen. Es mögen mir daher, bevor ich weiter gehe, noch einige Bemerkungen über die Nothwendigkeit der Unterscheidung zwischen Beidem an dieser Stelle vergönnt sein.

Je weiter ich in den Gegenstand meiner Untersuchungen eindrang, um so fester überzeugte ich mich, daß der Begriff der juristischen Bedingungen im engeren Sinne nach einer gewissen Seite hin noch einer schärferen Abgrenzung, als ihm bis jetzt zu Theil geworden ist, bedürfe. — Zwar wird zugegeben, daß das Wort „conditio, Bedingung“ in der Rechtssprache in einem ungenaueren und weiteren Sinne auch für alle Arten von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften gebraucht werde, während die Bedingungen im engeren Sinne nur als Voraussetzungen derselben erscheinen[1]). Allein vielfach wird das, was in der That ein

1) Man vergleiche Puchta, Cursus der Institut. §. 204. — Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „conditio“ in den

Bestandtheil des Rechtsverhältnisses selbst ist, irrigerweise als eine Voraussetzung desselben aufgefaßt. Diese Verwechselung ist um so verzeihlicher, je mehr beiderlei Verhältnisse in ihrer äußerlichen Formulirung ein gleiches Bild gewähren. Sie ist aber namentlich für die Lehre vom Klagegrunde von den einflußreichsten Folgen. Deßhalb ist die sorgfältigste Unterscheidung zwischen ihnen von doppelter Wichtigkeit. Es gilt daher vor allen Dingen, die unterscheidenden Merkmale zwischen diesen so ähnlichen und doch verschiedenen Verhältnissen aufzusuchen. Den richtigen Ausgangspunct zu dieser speciellen Untersuchung glaubte ich in der Frage, welche Bestimmung die Bedingungen im engeren Sinne im Rechtssysteme zu erfüllen haben, zu gewinnen.

Ueber diese Frage ist Folgendes zu bemerken: Die Constituirung und Uebertragung von Privatrechten wird durch den zur That übergehenden Willen der handelnden Personen hervorgebracht. Mit dem juristischen Willen soll kein leeres Spiel getrieben werden, daher die Eigenschaften der Ernstlichkeit, Entschiedenheit und Vollendung als regelmäßige Erfordernisse desselben sich ganz naturgemäß von selbst ergeben. Es könnte deßhalb wohl die Frage entstehen, ob nicht ein auf das Nothwendige sich beschränkendes, mäßiges Rechtsbedürfniß Ausnahmsverhältnisse gegen jene Regel als entbehrlich und schädlich ausschließen müsse, und ob man nicht ein über dieses Maß hinaus schreitendes Bedürfniß gewissermaßen den Luxusbedürfnissen vergleichen könne, deren Existenz und Anerkennung allerdings auch im Gebiete des Rechts nicht ohne Beispiel ist [2]).

---

römischen Rechtsquellen vergleiche man auch Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung, §. 4. —

2) Zum Unterschiede von den keinem civilisirten Volke entbehrlichen Rechtsinstituten kennt z. B. das römische Rechtssystem deren

Wie man hierüber auch denken möge, so ist doch dadurch, daß schon das römische Recht dem Rechtsbedürfnisse, die rechtliche Willenserklärung von anderen factischen Voraussetzungen abhängig machen zu können, Rechnung trug, immer nur ein Ausnahmsverhältniß gegen obige aus der Natur der Sache fließende Regel begründet worden. Vorzugsweise aber bei letztwilligen Zuwendungen machte sich das Bedürfniß einer Minderung jener Erfordernisse der Entschiedenheit und Vollendung des rechtlichen Willens geltend. Derselbe beanspruchte vorzugsweise hier selbst dann eine gewisse Geltung, auch wenn er sich selbst durch Vorbehalte beschränkte und seine Vollendung von gewissen factischen Ereignissen, die sonst seinem rechtlichen Einflusse entzogen sein würden, abhängig machte. Obgleich bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der Unterschied wahrzunehmen ist, daß der Wille der handelnden Personen einmal sich in die mannichfaltigsten Formen der causae onerosae einkleiden kann, und dann, daß er vor der Schwelle der That, der bindenden Erklärung stehen bleiben kann, um erst das Ereigniß, unter dessen Einfluß er sich gestellt hat, oder stellen will, abzuwarten, so machte sich doch auch in diesen Verhältnissen jenes Bedürfniß einer Minderung der Willensvollendung ohne Aufhebung aller rechtlichen Wirkung geltend. Je stärker aber dies Bedürfniß in Bezug auf letztwillige Zuwendungen hervortrat, um so natürlicher erklärt es sich nach meiner Ansicht, daß wir die Lehre von den Bedingungen in Bezug auf jene am Meisten ausgebildet finden.

Ueberall ist zuzugeben, daß es anerkennenswerthe Motive solcher Willensdefecte geben kann. Diese Motive sind aber

---

manche, die dem deutschen Rechte und dieses wiederum manche, die dem römischen ganz fremd und entbehrlich sind.

auch der Werthmesser des ganzen Instituts der Bedingungen, so daß wir dasselbe in der Ausartung seiner Anwendung in der That oft zu einem Protector bloßer Willensspielerei herabsinken sehen. Und dann erscheint es sicher, wie eben angedeutet wurde, als ein Luxusartikel in der Gesammtheit des Rechtsstoffes [3]).

Die Bestimmung, welche das Institut der Bedingungen im Rechtssysteme erfüllen soll, läßt sich hiernach in Folgendem zusammenfassen:

Die Bedingungen sollen im Allgemeinen vermitteln, daß auch der unvollendeten Willensform [4]) die Kraft gewisser rechtlicher Wirkungen inwohne. Sie sollen insbesondere die Möglichkeit gewähren, äußere factische Umstände, welche in dem concreten Rechtsverhältnisse weder unter dem Titel einer causa, noch unter dem eines Rechtsobjects oder einer Rechtsverletzung einen Platz finden können, in die Sphäre dieses Rechtsverhältnisses willkürlich mit der Bestimmung hinein zu ziehen, daselbst als dem

3) Man denke nur an die in den Quellen so sehr frequentirte Form: „Si Capitolium ascenderit“. —

4) Man vergleiche Windscheid, Lehre von der Voraussetzung §§. 1 u. 4, ferner Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 4, S. 15. Ersterer bildet die Bezeichnung „Voraussetzung der Willenserklärung“ zu einem festen technischen Rechtsbegriffe aus und sucht das Verhältniß dieses Begriffs zu conditio, causa und modus und zugleich das Verhältniß dieser Begriffe zu einander festzustellen. Zu deren schärferer Unterscheidung ist daselbst, wie mir scheint, viel Treffendes gesagt worden. — Letzterer (Bähr, a. a. O) billigt ebenfalls den in jener Schrift verfolgten Grundgedanken. —

Willen beigeordnete Rechtsfactoren thätig zu werden. Mit anderen Worten, es soll die Wirksamkeit einer causa vorbehalten und von einem gewissen Ereignisse abhängig gemacht werden können.

Diese Coordination des Ereignisses neben dem in der Richtung auf die Production des Rechtsverhältnisses geeinigten Willen der Subjecte ist hiernach als ein wesentliches Merkmal der rechtlichen Bedingungen im engeren Sinne anzusehen. Dieses Merkmal offenbart sich aber nur dann allemal mit voller Entschiedenheit, wenn das bedingende Ereigniß ein casuelles ist. Besteht es dagegen in der Vornahme oder Unterlassung einer Handlung eines der Subjecte des Rechtsverhältnisses, so wird dessen Erkenntniß oftmals nicht unbedeutend erschwert werden. Denn es tritt dann unter Umständen jene täuschende Aehnlichkeit zwischen den wirklich bedingten und anderen von diesen wohl zu unterscheidenden Verhältnissen ein, welche eine geschärfte Aufmerksamkeit auf jenes Merkmal erheischt.

Es ist hier zunächst wieder zwischen Handlungen des berechtigten und des verpflichteten Subjects zu unterscheiden. Die Quellen erkennen principiell an, daß das die Entstehung einer Obligation bedingende Ereigniß sowohl bei Legaten, als auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden bestehen könne in der Vornahme, oder Unterlassung einer Handlung von Seiten des Berechtigten. Denn, indem die Römer alle Bedingungen in casuales, potestativae und mixtae eintheilen, verstehen sie unter den Potestativbedingungen nur die auf eine Handlung des berechtigten Subjects gestellten[5]),

---

5) L. un. §. 7 Cod. de cad. toll. (6. 50); L. 60 pr. D. de condit. (35. 1). —

und man wird sich überhaupt bei unbefangener Betrachtung der einschlagenden Stellen nicht verhehlen können, daß hiernach die auf die Willkühr des Verpflichteten gestellten Bedingungen in dieser Eintheilung gar keinen Platz finden. Man darf daher wohl annehmen, daß das römische Rechtssystem das engere mit principieller Berechtigung gezogene Gebiet der Bedingungen überhaupt auf diese drei Gattungen mit Ausschluß der in die Gewalt des Verpflichteten gestellten bedingten Verhältnisse beschränkt. Für diese Annahme spricht auch noch ein anderer ganz besonderer Grund.

Das römische Recht stellt nämlich für alle Bedingungen ganz allgemein den Satz auf, daß sie zu Gunsten des Berechtigten als erfüllt fingirt werden sollen, wenn diejenige Person, welche durch den Eintritt der Bedingung verpflichtet wird, oder einen Verlust erleidet, diesen Eintritt ihres Vortheils halber verhindert hat[6]). Diese Fiction hat nun bei allen in das oben bezeichnete engere Gebiet fallenden Bedingungen stets einen vernünftigen Sinn. Sie paßt auf alle denkbaren Fälle der Bedingungen, nur nicht auf diejenigen, in welchen lediglich eine Handlung oder Unterlassung des verpflichteten Subjects das bedingende Ereigniß bilden soll[7]). In diesen Fällen geht näm-

---

6) L. 161 D. de reg. jur. (50. 17); L. 85 §. 7 D. de verb. obl. (45. 1). —

7) In l. 50 D. de contr. empt. (18. 1) ist auch nicht sowohl der vorhergehende, rein in der Gewalt des Verpflichteten liegende wirkliche Ankauf der Localitäten, als vielmehr die Geneigtheit der dermaligen Besitzer zur Veräußerung als das bedingende Ereigniß, welches sonach mehr als casuelles erscheint, anzusehen. — Man vergleiche auch über diese Fiction Savigny, System III §. 119, S. 140—141 und Note g und h daselbst, dessen Ansichten über Bedingungen überhaupt freilich in manchen Puncten von den hier vertretenen abweichen.

lich die Absicht des Testators (bei letztwilligen bedingten Zuwendungen) und der Contrahenten (in Vertragsverhältnissen) regelmäßig dahin, daß der bedingt Verpflichtete vielmehr vor allen Dingen dasjenige thun, oder unterlassen solle, was die Deficienz der Bedingung zur Folge hat, wenigstens aber doch dahin, daß derselbe die völlig freie Wahl haben solle, durch seinen Entschluß, seine Willenskraft und Willensbereitheit die bedingt gestellte Verpflichtung zu evitiren. Es würde daher in diesen Fällen gerade die entgegengesetzte Fiction allein einen vernünftigen Sinn haben können, daß nämlich, wenn der bedingt Berechtigte möglicherweise seinen Einfluß zur Entstehung der Bedingung geltend machen sollte, indem er dem freien Entschlusse des Gegners relevante Hindernisse in den Weg legte, dennoch die Deficienz der Bedingung fingirt werden solle.

Während nun die erstgedachte allgemeine Fiction in diesen besonderen Verhältnissen überhaupt nicht denkbar ist, finden wir auch die letztgedachte, an sich denkbare, Fiction in den Quellen nirgends anerkannt[8]). Dieselben schweigen überhaupt über das Verhältniß dieser besonderen Fälle sowohl zu der oben erwähnten Classificirung aller Bedingungen, als auch zu dieser für alle Bedingungen ganz allgemein aufgestellten Fiction.

Zwischenbemerkungen über bedingte Obligationen (Fortsetzung).

§. 29.

Es zeigte sich also, daß diejenigen Rechtsverhältnisse, de-

8) Unter Umständen dürfte in solchem Falle dem Schuldner die generelle exceptio doli zur Seite stehen. Bestände aber das scheinbar bedingende factum in einer primären obligatorischen Leistung, so würde die Frage entstehen, ob nicht eine mora des Gläubigers vorliege.

ren Voraussetzung auf eine Handlung oder Unterlassung des eventuell Verpflichteten gestellt sind, gegenüber den eigentlich bedingten überhaupt einer verschiedenen Beurtheilung zu unterstellen sind. Bei der principiellen Feststellung des Gebietes der Bedingungen im Rechtssysteme, bei ihrer vorzüglichsten Classificirung ist ihrer als einer Hauptgattung derselben gar nicht gedacht worden. Sollte ihnen hier ein Platz eingeräumt werden, so müßte nothwendig die Gattung der Potestativbedingungen wieder in zwei Unterabtheilungen zerlegt werden, je nachdem der Eintritt der Bedingung in die Gewalt des eventuell Berechtigten, oder Verpflichteten gegeben sein würde. Dies ist jedoch nicht geschehen. Potestativbedingungen sind eben bloß solche, deren Erfüllung vom Willen des Berechtigten abhängt. Es deutet ferner die Unanwendbarkeit der für Bedingungen ganz generell eingeführten Fiction auf diese speciellen Verhältnisse darauf hin, daß ihre rechtliche Natur in gewissen Beziehungen eine abweichende, ja anomalische sein müsse. Der Hauptgrund dieser Erscheinung ist jedenfalls darin zu finden, daß gewisse oberste Rechtsprincipien sich dem Bedürfnisse einer solchen Erweiterung der Formen der Willensbeschränkung weit schwerer beugen, als dies jenen gemäßigteren Bedürfnissen (bezüglich der Bedingungen im engeren Sinne) gegenüber der Fall ist.

In allen persönlichen Rechtsverhältnissen liegt nämlich der Schwerpunct nach der Seite des Schuldners hin [1]). Das Wesentliche ist gerade die theilweise Unterwerfung des Willens des Schuldners unter den des Gläubigers, das „aliquem necessitate sibi adstringere ad faciendum“. Es ist deßhalb schlechterdings unmöglich, ein obligatorisches Verhältniß dergestalt zu constituiren, daß die Verpflichtung, die

---

1) Savigny, Obligationenrecht §. 2. S. 5. —

Willensunterwerfung vom **freien Willen** des **Verpflichteten** abhängig gemacht werde[2]).

Mag es daher auch unbedenklich erscheinen, wenn dem eventuell Berechtigten die Vollendung seines Willens dergestalt vorbehalten bleibt, daß es in seiner Gewalt stehen soll, durch seinen freien Entschluß, oder eine eigene freie Handlung das fragliche Recht gleichsam zur Blüthe zu treiben, so würde man doch im umgekehrten Falle, wenn ein solcher Vorbehalt auf Seiten des Schuldners nachgelassen würde, immer eine gewaltsame Störung jenes Rechtsgrundsatzes, daß der Wille des Verpflichteten mit Nothwendigkeit gebunden sein müsse, erblicken müssen.

Dennoch kommen, namentlich bei Legaten und Stipulationen, Fälle derartig bedingter Obligationen vor. Sie genießen Geltung und Anerkennung im römischen Rechte, wenn das bedingende Ereigniß nicht ausdrücklich — (expressa nocent, non expressa non nocent) —, sondern stillschweigend, d. h. in der Art auf den Willen des eventuell Verpflichteten gestellt ist, daß seine Verpflichtung erst dann eintreten soll, wenn er eine bestimmte **Handlung** vornehmen, oder auch, wenn er eine solche unterlassen sollte[3]). — Es ist jedoch hierbei Verschiedenes in Erwägung zu ziehen.

1) Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß die Beschränkung der Willkühr des Verpflichteten auf die Vornahme, oder Unterlassung einer bestimmten Handlung den Sinn und Zweck hat, die äußersten Grenzen der juristischen Möglichkeit derartig

---

2) L. 7. pr. D. de contr empt. (18. 1); L. 17, 108 §. 1 D. de verb. obl. (45, 1); L. 13 Cod. de contr. empt. (4. 38). —

3) L. 52 D. de condit. (35. 1); L. 115 §. 1, l. 99 §. 1 D. de verb. obl, (45. 1); L. 3 de legatis (31); L. 2 D. de his, quae poenae causa relinq. (34. 6); §. 36 J. de legat. (2. 20); Gaji inst. II. §. 235. —

bedingter Verhältnisse, welche ihre Geltung einer an sich schon sehr weit gehenden Nachgiebigkeit des Rechts verdanken, festzusetzen. Diese nicht zu leugnende Abweichung von dem oben erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatze, dieses Absehen von einem wesentlichen Merkmale der obligatorischen Verhältnisse soll dadurch motivirt und erträglich gemacht werden, daß in der Aufgabe des eventuell Verpflichteten, eine eigene Willensschwäche, oder einen Zwiespalt seines eigenen Willens zu überwinden, zugleich eine Minderung seiner **reinen** Willkühr zu finden ist. Hierdurch wird es eben zur Noth möglich, die Abhängigkeit der Entstehung eines Rechtsverhältnisses von einer That des eventuell Verpflichteten juristisch zu denken.

2) Was weiter oben über die Motive der bedingten Verhältnisse im Allgemeinen gesagt wurde, gilt in noch höherem Grade von diesen besonderen Fällen. Je tendenzreicher das bedingende Factum ist, je mehr Selbstüberwindung es dem Verpflichteten kostet, den Eintritt der Bedingung durch Willenskraft abzuwehren, um so mehr Grund zur juristischen Billigung liegt für ein solches, an sich aber immer irreguläres Verhältniß vor. Je weniger dies aber der Fall ist, je tiefer muß der juristische Werth des Verhältnisses sinken, wie z. B. bei der bedingten Stipulation „si Capitolium non ascenderis, decem dabis?“ —

3) Die Obligation kann in derartigen Fällen je nach den zum Grunde liegenden Motiven als sub conditione, oder als sub poena gestiftet angesehen werden[4]). Die juristische Behandlung bleibt sich aber in beiden Fällen gleich. Der einzige praktische Unterschied gründete sich im älteren römischen

4) L. 2 D. de his, quae poenae causa rel. (34. 6). —

Rechte auf das, später aber wieder aufgehobene, Verbot des legatum poenae nomine [5]).

4) Wenn nun das römische Recht diesen eigenthümlichen Verhältnissen eine gewisse Geltung zuerkennt, sie aber gleichwohl nicht einer der Hauptclassen der Bedingungen zuzählt, sondern vielmehr nur als eine besondere untergeordnete Art bedingter Verhältnisse duldet, so kann diese Erscheinung nach obigen Bemerkungen nicht weiter auffallen. Denn es zeigte sich, daß sie einmal einen geringeren Grad von Berechtigung im Rechtssysteme haben, indem sie ein entschiedenes Merkmal obligatorischer Verhältnisse mehr oder weniger verleugnen und daß überhaupt manche Eigenthümlichkeiten und Abweichungen an ihnen wahrzunehmen sind. Man muß daher zu dem Resultate kommen, daß die mit diesen Verhältnissen dargebotene Bereicherung des Rechtsstoffes in mancher Beziehung überhaupt eine bedenkliche sei, und daß das römische Recht aus triftigen Gründen die Grundsätze von den eigentlichen Bedingungen, soweit sie passen, eben nur analog auf sie anwendet.

5) Die Anwendbarkeit dieser Analogie setzt nun aber ferner schlechterdings voraus, daß die oben angegebenen wesentlichen Merkmale wirklich bedingter Verhältnisse vorhanden seien, namentlich aber, daß diejenige Handlung oder Unterlassung des eventuell Verpflichteten, welche die Function eines Mitfactors des Rechtsverhältnisses haben soll, weder auf der einen Seite als Rechtsobject, noch auf der andern (Kehrseite) als Rechtsverletzung erscheine. Ist Letzteres der Fall, so unterliegt das Verhältniß einer wesentlich verschiedenen Beurtheilung, und es würde grundfalsch

5) Savigny, System III. S. 132 in §. 117.

sein, wollte man es wegen der bloß äußerlichen Formähnlichkeiten als ein bedingtes auffassen. Ich will hiermit nur wiederholen und bekräftigen, was ich bereits ausgeführt habe. Wenn nämlich in erster Linie eine obligatorische Leistung (Rechtsobject) dergestalt erwartet wird, daß, wenn sie nicht, oder nicht rechtzeitig und gehörig effectuirt werden sollte (Unterlassung, Rechtsverletzung), eine andere Leistung in zweiter Linie nachrücken und in Anspruch genommen werden soll, so kann nie und nimmermehr von einem bedingten Verhältnisse im engeren und juristischen Sinne die Rede sein[6]).

Niemals ist hier eine zweite, auf die secundäre Leistung gerichtete besondere Obligation anzunehmen, niemals kann hier das Ausbleiben der ersten Leistung als bedingendes Ereigniß angesehen werden. **Dieselbe ist Rechtsobject, ihre Unterlassung Rechtsverletzung. Diese Eigenschaft schließt die zum Begriffe einer ächten Bedingung schlechterdings erforderliche Möglichkeit, das Ereigniß als coordinirten Rechtsfactor in demselben Rechtsverhältnisse zu denken, geradezu aus. Die Rechtsverletzung kann so wenig, wie die Leistung des Objects ein Rechtsfactor sein, sie stört bloß ein vorhandenes, erzeugt aber kein neues Recht.** Eine positive Wirkung derselben kann bloß in Bezug auf den richterlichen Schutz eines bereits **vorhandenen** Rechtsverhältnisses gedacht werden.

---

6) Den hier vertretenen Sätzen scheinen freilich auch **Savigny's** Ansichten, namentlich seine Auffassung des Wesens der Conventionalstrafen (**System**, III. §. 117 S. 131 – 135 und **Obligationenrecht** II. §. 80, S. 272—281) — entgegen zu stehen. Allein selbst dieser Autorität gegenüber kann ich nicht davon abgehen, da mich die öfters und nach allen Seiten hin wiederholten Prüfungen jener Sätze nur immer mehr von ihrer Wahrheit überzeugten. —

Zwischenbemerkungen über bedingte Obligationen (Fortsetzung).

§. 30.

Um die wesentlichen, auffallenden Unterschiede zwischen den eben besprochenen und den bedingten Rechtsverhältnissen noch klarer zu machen, gestatte man mir nur noch folgende Vergleichungen:

Die Handlung, oder das Ereigniß, woran eine Bedingung geknüpft ist, erscheint in dem bedingten Rechtsverhältnisse selbst nie als das Ziel, welches durch Eingehung des letzteren erreicht werden soll. Der bedingt Berechtigte hofft zwar auf den Eintritt und der bedingt Verpflichtete auf die Deficienz der Bedingung, aber Keiner hat eine Pflicht gegen den Anderen, für oder gegen den Eintritt der Bedingung irgend thätig zu sein. Liegt also eine wahre Bedingung vor, deren Erfüllung in die Gewalt des Verpflichteten gegeben ist, so begeht derselbe eine völlig freie Handlung, mag sie die Erfüllung, oder die Deficienz der Bedingung zur Folge haben. Nicht so im Falle einer secundären Leistung. Wollte man hier ein bedingtes Rechtsverhältniß annehmen, so würde mit dem Ausbleiben der primären Leistung die Bedingung erfüllt sein, und man würde zu der Annahme genöthigt, des Gläubigers Verlangen sei gerade auf diesen Fall gerichtet gewesen, es sei von ihm also beabsichtigt worden, daß der Schuldner sein Recht (wenigstens in erster Linie) verletzen solle. Aber welche Widersinnigkeit würde hierin liegen! Ferner kommt in Betracht, daß hier von keiner freien Handlung des Schuldners die Rede sein kann. Es liegt vielmehr eine Willenseinigung beider Subjecte mit der Richtung vor, daß der Gegensatz des scheinbar bedingenden Ereignisses, die primäre Leistung, hervorgebracht werden und nicht ausbleiben solle.

Der Berechtigte will dies vor Allem erreichen und er übt zu diesem Zwecke eine Herrschaft über den Willen des Verpflichteten aus. Dieser muß wollen, er muß das erste Object leisten. Thut er es nicht, so kann darin nicht die Erfüllung einer negativen Bedingung bezüglich der secundären Leistung gefunden werden, sondern nur und lediglich eine Rechtsverletzung, welche er mittelst des Ersatzobjects sühnen muß, so daß der Anspruch auf die secundäre Leistung nur als Fortsetzung eines einheitlichen und identischen Zwangsverhältnisses erscheint.

Es kommt also darauf an, ob die in Frage stehende Handlung des Verpflichteten eine obligatorische ist, oder nicht. Nur im letzten Falle ist sie als eine freie Handlung desselben anzusehen; nur in diesem Falle kann sie als coordinirter Rechtsfactor zur Noth angesehen werden, während andernfalls dieses wesentliche Merkmal einer wahren Bedingung gänzlich vermißt wird. Diese Verhältnisse nehmen also überall eine wesentlich verschiedene juristische Beurtheilung in Anspruch, und wir haben bereits gesehen, daß das römische Recht diesen Ansprüchen in der That namentlich bei den Pönalstipulationen in evidenter Weise Rechnung getragen hat. Denn es wird daselbst mit feinem Tacte unterschieden, ob die in der Stipulation als factische Grundlage einer Bedingung äußerlich erscheinende Handlung außerhalb der Stipulation eine wirklich obligatorische ist. In diesem Falle wird die Vornahme der Handlung als Mittel der Tilgung, keineswegs aber deren Unterlassung als Bedingung der Entstehung der Strafobligation angesehen.

Es handelt sich eben in allen diesen Rechtsverhältnissen um Nichts weiter, als um die Folgen der Nichterfüllung. So wenig man nun im juristischen Sinne die Erfüllung als eine Bedingung des Erlöschens der Obli-

gation auffassen darf, ebenso verkehrt würde es sein, die Nichterfüllung als die negative Bedingung ihrer verschiedenen Folgen zu bezeichnen. Dies kann aber nur mittelst einer ungenauen und unjuristischen Sprachweise geschehen. Die wirkliche Verwechselung dieser verschiedenen Begriffe führt aber vollends zu den unleidlichsten Mißständen.

Die lex commissoria beim Kaufcontracte.

§. 31.

Gehen wir nun zur Betrachtung noch anderer Fälle derjenigen Obligationsarten, welchen secundäre Substitutionsleistungen vertragsmäßig beigefügt sind, und zwar zunächst zur Betrachtung der lex commissoria beim Kaufcontracte über!

Dieses Institut ist nebst dem der in diem addictio lange der Gegenstand einer wichtigen Controverse gewesen, indem man darauf die Theorie vom dominium revocabile ex tunc und die gegensätzliche vom dominium revocabile ex nunc gründete. Die Vertreter beider Theorien gehen von einer gemeinschaftlichen, wie ich aber behaupten muß, irrigerweise von einer falschen Grundlage aus, indem sie in dem Wesen des fraglichen Instituts eine wirkliche juristische Bedingung, und zwar eine Resolutivbedingung erkennen. — Die Vertreter der ersteren Theorie behaupten nun, daß das Eigenthum der Sache in Folge des Eintritts der vermeintlichen Bedingung ipso jure an den Rückerwerber, dem deßhalb sofort die Vindication zustehe, zurückfalle, und zwar mit Rückwirkung auf den Moment der Veräußerung; die der andern aber vertheidigen die Ansicht, der Rückerwerber erhalte zunächst nur eine obligatio auf Retradition der Sache[1]). — Wenn nun

1) Anstatt aller weiteren Citate und bloßen Wiederholungen beziehe ich mich auf die Relation und Ausführung bei Vangerow, Leitfaden zu Pandektenvorlesungen §. 96. —

auch gerade diese Obligation nicht wohl aus dem Verhältnisse und den Rechtsquellen zu deduciren sein möchte, so muß man doch den Vertheidigern der letzteren Ansicht zugestehen, daß sie ein richtiges Gefühl für die der entgegengesetzten Ansicht anhaftenden Irrthümer hatten. Es soll hier nicht geleugnet werden, daß eine directe Vermögensübertragung, eine Tradition an eine Resolutivbedingung geknüpft werden könne und daß dann, wenn dies wirklich geschehen ist, mit dem Eintritte der Resolutivbedingung das Eigenthum ipso jure dergestalt zurückfällt, wie es die Theorie vom dominium revocabile ex tunc lehrt. In Abrede soll und muß aber gestellt werden, daß durch die oben genannten dem Kaufgeschäfte beigefügten Nebenverträge genau ein solches Verhältniß, wie es diese Theorie voraussetzt, begründet werde. Dies ist auch meiner Ansicht nach in den römischen Rechtsquellen nicht mit der von der andern Seite behaupteten Bestimmtheit ausgesprochen worden. Es wird zwar gesagt:

„magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur“ [2]);

allein hiermit soll offenbar nur das Verhältniß anschaulich gemacht werden, daß die lex commissoria die Perfection des Handels nicht aufschiebt, und das Wort „conditio“ wird, wie schon oben hinlänglich angedeutet wurde, oft im nicht technischen Sinnne, also auch da, wo von einer eigentlichen juristischen Bedingung nicht die Rede ist, gebraucht. Es wird ferner auch gesagt, daß, wenn gegen die lex commissoria verstoßen worden sei, der Verkäufer die Sache vindiciren könne [3]). Daraus ist aber wieder nicht unbedingt herzulei-

2) L. 1 D. de lege commissoria (18. 3). —

3) L. 8 D. eod. tit., l. 4 Cod. de pact. inter empt. et vend. (4. 54). —

ten, daß dies eine unmittelbare Folge des Eintritts der angeblichen Bedingung sei[4]). Ein vermittelndes obligatorisches Element muß nämlich nothwendig dazwischen liegen. Es liegt offenbar, wie wohl Jedermann anerkennen muß, in diesen Fällen allemal ein neben dem Kaufhandel abgeschlossenes pactum adjectum vor. Ein pactum erzeugt aber allemal eine obligatio, es kann nichts Anderes erzeugen. Eine obligatio muß aber wieder auf eine gewisse Leistung (facere) gerichtet sein, ihr Inhalt besteht eben in dem Rechte, eine Leistung fordern und erzwingen zu können. — Welches facere des Schuldners soll nun in diesen Fällen wohl vorliegen? — Soll er bloß dulden, daß der Handel sich wieder auflöse und das Eigenthum der Sache zurückkehre? — Ein bloßes Dulden ist nie und nimmermehr eine Leistung, ein facere. — Die Auflösung des Handels und die Rückkehr des Eigenthums ist bloß der praktische Erfolg, kann bloß der praktische Erfolg des vorausgegangenen facere sein. Dieses ist aber auch wirklich vorhanden, so sehr es sich auch dem oberflächlich suchenden Blicke in der Dunkelheit der Verhältnisse entzieht und hinter der Massenhaftigkeit des freilich recht sehr in die Augen fallenden praktischen Erfolges zurücktritt. Das facere besteht hier einfach, wie schon früher angedeutet wurde, in der Verzichtleistung auf den ganzen Handel und die Folgen der Tradition, zu welcher (Verzichtleistung) der Käufer sich im Voraus obligatorisch verpflichtet hat, und behufs deren der Käufer in Folge des pactum adjectum einen obligatorischen Zwang gegen

4) Wäre dies der Fall, fiele das Eigenthum mit dieser Thatsache ipso jure an den Verkäufer zurück („ita ut inemptae villae essent"), so könnte dies ja auch nicht einmal vom Verkäufer verhindert werden, was doch aber nach l. 3, 4 §. 2, l. 6 §. 2 u. 7 D. h. t. in seiner Wahl steht. —

den Schuldner auszuüben berechtigt ist, ebenso, wie weiter oben vom pactum de non petendo ausgeführt wurde. Es ist hier ausdrücklich hervorzuheben, daß die durch das pactum erzeugte Obligation nicht auf Retradition der Sache gerichtet ist, sondern auf eine Leistung, deren eigenthümliche Natur es mit sich bringt, daß der Rückfall des Eigenthums ohne Retradition und der Wegfall des ganzen interimistischen Verhältnisses sammt allen seinen Folgen und Wirkungen überhaupt wie von selbst eintritt. Der Käufer muß auf die Wirkungen des Rechtsgeschäfts (causa) und der Tradition verzichten. Obr praktische Erfolg dieser Leistung besteht eben darin, daß das Rechtsgeschäft als gar nicht geschlossen, die Tradition als gar nicht geschehen angesehen wird. Diese Wirkung folgt eben aus der Natur des Verzichts mit innerer Nothwendigkeit. Obgleich man nun nicht sagen kann, daß diese Erfolge ipso jure eintreten, indem sie vielmehr durch eine Obligation vermittelt werden, so bringt dies doch hier im Resultate keine Aenderung hervor; denn der Verzicht, ein reiner Willensact, ein inneres factum, ist eben als eventuell schon vorher erklärt anzunehmen und der Erfolg davon, daß der Handel als nicht geschlossen, die Tradition als nicht geschehen und das Eigenthum des Verkäufers als ununterbrochen fortgesetzt anzusehen sei, kann sofort nach dem Zahlungstermine geltend gemacht werden, wenn nicht vom Beklagten die Tilgung jener Obligation nachgewiesen werden kann. Sicher, den Gegner, wenn er seinem Klagegrunde auf Grund der ihm ex justa causa geschehenen Tradition widersprechen sollte, mit der ihm aus dem pactum adjectum zustehenden, unbedenklich auch alsbald zu anticipirenden Replic zurück zu schlagen, stellt der Verkäufer sofort die vindicatio an und setzt sie auch gegen den ferneren Besitzer durch, indem dieser die Mängel am Rechte seines Autors auch gegen

8*

sich gelten lassen muß[5]). — Hiermit haben wir denn auch den richtigen Schlüssel zum Klagegrunde bei Geltendmachung der lex commissoria.

Durch diesen Nebenvertrag will der Gläubiger, wie bei so vielerlei anderen Nebenbestimmungen der Fall ist, nichts weiter bezwecken, als sich den praktischen Erfolg seiner erworbenen obligatio recht fest zu sichern. Er schließt also den Vertrag dahin ab, daß der Käufer ihm als Ersatz für die etwa vereitelte Rechtzeitigkeit der Gegenleistung Verzichtleistung auf den Handel und die erfolgte traditio zusichert. Jetzt erscheint also diese Verzichtleistung rein als eine secundäre Leistung, als Substitut der primären, auf rechtzeitige Zahlung der Kaufgelder gerichteten, welche Verbindlichkeit denn jene secundäre Leistung als stellvertretendes Zahlungsmittel ebenfalls zu lösen bestimmt ist[6]). Diesen beabsichtig-

5) Die Rechtsmittel aus dem dolus sollen zwar regelmäßig nur gegen den Urheber selbst geltend gemacht werden. Allein diese Ausnahme von der Regel, daß die exceptiones rei cohaerentes seien (Savigny, V. S. 177—179), leidet schon im röm. Rechte wieder beachtenswerthe Ausnahmen. — Cf. l. 4 §. 27—32 D. de doli exc. (44. 4). — Dies ist namentlich auch der Fall, wenn der Veräußerungsbefugniß oder der vollen Wirksamkeit der Tradition rechtliche Hindernisse entgegenstehen. — Cf. l. 4, §. 32 cit.; l. 7 Cod. de reb. al. (4. 51); l. 7 §. 2 d. de distr. pign. (20. 5). — Hier, wie in unserem Falle, findet jedenfalls der Rechtssatz, daß der Autor nicht mehr Rechte übertragen könne, als er selbst hat — cf. l. 20 pr. §. 1 D. de acquir. dom. (41. 1) —, Anwendung, so daß die Anfechtung sich mehr auf das Sachverhältniß und die Mangelhaftigkeit des übertragenen Rechts selbst, als auf den dolus des Autors gründet. Es stellt sich ja hier, wenn auch erst nachträglich, sogar das Resultat heraus, daß der Autor nicht einmal selbst Eigenthümer gewesen ist, indem die Tradition nebst ihrer causa in Folge seines Verzichts überhaupt als von vorn herein gänzlich wirkungslos betrachtet werden soll. —

6) Bei der in diem addictio liegt freilich keine secundäre Lei-

ten Erfolg der Sicherung eines Vermögensbestandtheils erreicht nun der Verkäufer sehr leicht, wenn nach der von mir aufgestellten Theorie die Behauptung, der Beklagte habe nicht rechtzeitig erfüllt, keinen Bestandtheil seines processualischen Klagegrundes bildet[7]), sondern vielmehr dem Beklagten obliegt, anzuführen und zu beweisen, es seien die primären Verbindlichkeiten, und zwar rechtzeitig, erfüllt worden.

Die lex commissoria beim Kaufcontracte (Fortsetzung).

§. 32.

Diese durch meine Untersuchungen gewonnene Auffassung des juristischen Wesens der lex commissoria findet nun zwar keine directen, wortklaren und offenbaren Belege in den römischen Rechtsquellen. Diese gewähren aber auch keine directen Gegenbelege. Im Gegentheil möchte noch so manches wichtige Argument für meine Ansicht aus ihnen zu entnehmen sein. Es bliebe nämlich außerdem gar Nichts weiter übrig, als die Annahme, die Römer hätten wirklich in der lex commissoria eine Resolutivbedingung mit der Wirkung des dominium revocabile ex tunc gefunden. Abgesehen von anderen Unstatthaftigkeiten, welche diese Auffassung mit sich bringt, hätten aber die Römer alsdann in Gemäßheit der bei den Bedingungen geltenden Rechtsgrundsätze auch annehmen müssen, daß der Kläger den Eintritt der Bedingung, also die Negative, daß der Käufer nicht zur rechten Zeit Zahlung geleistet habe, anzuführen und zu beweisen verbunden

stung, aber auch kein dominium revocabile ex tunc, noch ex nunc vor, sondern eine bedingte obligatio auf Verzichtleistung mit demselben Erfolge, welchen man aus der ex tunc-Theorie zu erklären suchte. —

7) Wie Bethmann-Hollweg (a. a. O. S. 342) und Andere behaupten. —

sei. Dies würde unzweifelhaft die Consequenz erfordern. Gegen eine solche unerhörte juristische Abgeschmacktheit, diese vollends in der hochreifen, an den Brüsten der aequitas genährten römischen Jurisprudenz gedacht, spricht aber in der That nicht mehr, wie Alles. Die lex commissoria soll ihrem ganzen Zwecke nach offenbar den Verkäufer begünstigen und sicher stellen. In der That eine schöne, beneidenswerthe Lage, in welche er sich begeben würde, wenn er sich erst durch eine solche probatio diabolica, wie der selige Gensler sagte[1]), hindurch arbeiten müßte, um zum Ziele zu gelangen! Man rede mir auch nur nicht etwa von dem Refugium zur Eidesdelation, oder gar zu einer Art Wechselprotest, wie man wohl auch vorgeschlagen hat[2]). Dies sind ganz schlechte Trostmittel für ein lebhaftes Rechtsgefühl und für einen Juristen von hinlänglicher praktischer Erfahrung, nicht zu gedenken des armen Verkäufers, der sich mittelst der lex commissoria den angenehmen Zustand der Sicherheit errungen zu haben glaubt. Man kann wohl dreist behaupten, daß ein solches Beweisinterlocut auf dem römischen Forum ein Ereigniß gewesen wäre, welches die römische Bevölkerung mit Entsetzen erfüllt haben würde und daß alsdann in den römischen Rechtsquellen sicher eine deutliche Spur von solchen auffallenden processualischen Grundsätzen vorkommen müßte. Aber nein, keine Spur! — Wohl aber ist unter den Mitteln, sich von der „potestas legis commissoriae" zu erlösen, die oblatio pecuniae genannt und mit großer Ausführlichkeit bezüglich der an des Verkäufers Wohnung transportirten besiegelten Geldsäcke der Beweis beschrieben, welchen der Käu-

1) So nannte er (Exercit. ad doctrin. de culpa. Jen. 1813 p. 97) den Beweis der diligentia in concreto. —

2) Siehe B.-Hollweg, a. a. O. S. 342, Anm. 43! —

fer führen müsse, um „tutus et securus" sein zu können[3]). In solchen Fällen concurriren mit der solutio die oblatio und depositio pecuniae, von der es dann heißt: „haec pro solutione habetur"[4]). —

Was nun bezüglich der Beweislast von dem einen Lösungsmittel gilt, muß vernünftigerweise auch vom anderen gelten. Wenn also der Kläger beweisen müßte, daß nicht pünctlich bezahlt worden wäre, so müßte er auch ferner noch beweisen, daß auch keine oblatio und keine depositio vorgekommen sei. Denn die materielle Wirksamkeit der lex commissoria setzt eine bestimmte Säumigkeit des Schuldners voraus. Diese Säumigkeit wird aber durch jede der dreierlei angegebenen Handlungen des Schuldners ganz gleichmäßig verneint. Alle drei haben gleichmäßig die Bestimmung, von der lex commissoria zu befreien. Da nun aber die citirte Stelle bezüglich der oblatio gerade die entgegengesetzte Beweispflicht deutlich bezeugt, so muß man dasselbe wohl auch bezüglich der solutio annehmen. Nach dieser Lage der Dinge können also die Römer die lex commissoria nicht als eine wirkliche Resolutivbedingung behandelt haben, und die Natur der Sache, wie die innere juristische Nothwendigkeit führt somit unausweichlich zu dem Schlusse, daß den römischen Satzungen die oben aufgestellte Theorie, mag sie nun den Juristen mehr, oder weniger klar bewußt gewesen sein, doch zum Grunde gelegen haben muß.

Auch bei diesen Verhältnissen haben, wie sich wiederholt zeigte, die Bedingungen eine schlimme Rolle gespielt. Wenn man nicht weiter konnte, mußten sie eben herhalten,

---

3) L. 4 §. 4 u. l. 8 D. de lege commissoria (18. 3).

4) Vergl. Cujacii comment. ad Africanum, VIII ad l. 39 D. de solut. (in fine) u. l. 2 Cod. de jure emphyt. (4. 66). —

und so hat man zum Nachtheile des Rechtsbedürfnisses und der Wissenschaft in solchen kritischen Fällen immer Nichts, wie Bedingungen gesehen, wo, beim rechten Lichte betrachtet, gar kein Boden für sie vorhanden ist.

Clausula cassatoria. Privationsklagen.

§. 33.

An diese eben abgehandelte Partie schließen sich am zweckmäßigsten einige kurze Betrachtungen über die sogenannte clausula cassatoria und andere gleicher Beurtheilung unterliegende Institute an.

Wenn beim Darlehnsvertrage der Nebenvertrag abgeschlossen worden ist, daß zwar regelmäßig nur nach vorgängiger Kündigung und Ablauf der desfallsigen Frist die Rückzahlung erfolgen solle, daß aber der Gläubiger sie sofort und ohne Kündigung verlangen könne, wenn der Schuldner die Zinsen nicht pünctlich am Verfalltage zahle[1]), so stipulirt sich damit der Gläubiger nach der oben aufgestellten Theorie eine obligatio, in Folgen deren der Schuldner vor Allem zwar zur pünctlichen Zinszahlung, als Ersatz für die etwa verabsäumte Rechtzeitigkeit dieser Leistung aber zur Verzichtleistung

1) Ueber die Behandlnng derartiger und ähnlicher Fälle in der Praxis vergl. Briegleb, Rechtsfälle II, S. 184—196; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle für das Königreich Sachsen (Leipzig) 1853, Nr. 44 S. 177 flgg. Nr. 58 S. 247—248. — Der daselbst (1852, Nr. 23 S. 94 flgg.) referirte Fall gehört insofern nicht hierher, als daselbst von einer substituirten secundären Leistung keine Rede ist, sondern von einer potestativ bedingten Obligation, wonach der Gläubiger (im Hauptverhältnisse) auf sein Kündigungsrecht während der ersten 5 Jahre Verzicht leisten muß, wenn die Zinsen pünktlich gezahlt werden. Dem Kündigungsvertrage gegenüber ist nämlich die pünctliche Zinszahlung in diesem Falle als eine freie Handlung anzusehen.

auf den Kündigungsvertrag verpflichtet ist[2]). Dieser sofort erzwingbare Verzicht erscheint also als Ersatzleistung für die vermißte Rechtzeitigkeit der Zinszahlung, und der Wegfall der Kündigung als zweites, substituirtes practisches Object, welches nebst dem ersten Objecte in einer und derselben Obligation enthalten ist. Diese einheitliche Obligation mit zwei praktischen Objecten entspringt aus dem modificirten Zinsvertrage.

Die Erfüllung muß also der Beklagte unter allen Umständen beweisen, mag die Klagebitte auf die primäre, oder secundäre Leistung gerichtet sein. Es gehört also auch hier nicht zum Klagegrunde die Negation der pünctlichen Erfüllung, wie ebenfalls vielfach behauptet worden ist, sondern es ist vielmehr die Behauptung pünctlicher Zahlung als Einredestoff zu betrachten. Jener enorme, bisher jedoch immer mit wenig Glück bekämpfte Irrthum beruht wieder auf der leidigen Verwechselung des wahren Wesens des Instituts mit den Bedingungen.

Ebenso, wie auf die clausula cassatoria, ist die für die lex commissoria aufgestellte Theorie auch anwendbar auf die Fälle der gegen den säumigen Pachter, oder Emphyteuta zu richtenden Privationsklagen[3]). Die einheitliche Obligation geht auf zweierlei (bezüglich stellvertretende) Leistungen, nämlich a, pünctliche Zahlung des Canons, b, sofort erzwingbare Verzichtleistung auf den Pacht, bezüglich auf die Emphyteusis,

---

2) Ebenso sind auch die Fälle zu beurtheilen, wenn Terminszahlungen verabredet worden sind mit der Bestimmung, daß der Schuldner im Falle der Säumigkeit dieser Vergünstigung verlustig sein solle und sofort, die ganze Schuld zu bezahlen, angehalten werden könne.

3) L. 54 §. 1, l. 56 D. locali cond. (19. 2); L. 2 Cod. de jure emphyt. (4. 66). —

als substituirtes Erfüllungsmittel, Ersatzleistung für die vermißte Rechtzeitigkeit der Zahlung des Canon. —

Bethmann-Hollweg[4]) bleibt auch hier seiner Ansicht im Wesentlichen getreu, daß die Negative zum Klagegrunde gehöre, giebt aber der gewöhnlichen Meinung nach, daß hier der Beweis derselben den Kläger nicht treffe, jedoch nur aus dem hier zufällig zutreffenden Grunde, weil zunächst auf Bezahlung des rückständigen Canons geklagt werde, und dieser Forderung gegenüber der Beklagte den Beweis der geschehenen Zahlung führen müsse. In Ermangelung dessen könne dann auch auf die Privation erkannt werden. — Diese Begründung ist aber nicht einmal geeignet, das praktische Bedürfniß überall zu befriedigen[5]), viel weniger das wissenschaftliche.

Alimentationsverträge.

§. 34.

Es kommen hier ferner in Betracht die Alimentationsverträge, welche, wenn die Alimentationsverbindlichkeiten nicht gehörig erfüllt werden, contractlich oder gesetzlich[1]) auf Antrag des Alimentandus wieder auflösbar sind. Denken wir hier noch nicht an den Fall einer donatio sub modo und an

---

4) A. a. O. S. 342—343. —

5) Im Executivprocesse z. B. müßte dann immer der Beweis jener Negative sofort mit Urkunden angetreten werden. — Wie ferner, wenn die Einrede der Zahlung aus bloß formellen Gründen, ohne daß auf deren Beweis erkannt würde, zurückgewiesen, der angelbliche Klagegrund (Nichtzahlung, oder Säumigkeit) bezüglich der cumulirten Privationsklage aber geleugnet worden ist?

1) So nach einem älteren Schwarzb.-Sondersh. Gesetze, wenn Grundstücke gegen bedungene Alimentation übergeben werden. Dann soll auch das Eigenthum der übergebenen Grundstücke erst nach dem Tode des Alimentandus übergehen. —

die Rückforderung der übergebenen Sache mittelst der condictio, oder vindicatio[2]), auch nicht an die Wiederaufhebung der Schenkung wegen Undanks mit der concurrirenden sogenannten actio ingrati personalis[3]), sondern vielmehr an den Fall eines nach neuerem Rechte klagbaren Pactums des Inhalts, daß der eine Theil eine Sache übergiebt, der andere aber als Gegenleistung Alimente verspricht und zu mehrerer Sicherstellung des Alimentandus sich für den Fall der nicht, oder nicht gehörig erfüllten primären Gegenleistung zur Verzichtleistung auf den Vertrag und die Tradition mit deren Wirkungen verpflichtet! — Dieser Verzicht erscheint dann als ein gewillkührtes substituirtes Erfüllungsmittel, als Ersatzleistung für die unterbliebene primäre Leistung. Principiell steht es also auch in diesen Fällen wiederum fest, daß zum Klagegrunde die Allegation der nicht erfüllten Gegenleistung keineswegs gehört, daß vielmehr der Beklagte auch hier, wie immer, die Erfüllung seiner Obliegenheiten zu beweisen habe.

Es muß dies aber, und ich muß hier auf die oben be-

---

2) L. 1 Cod. de donat., quae sub modo (8. 55); Cujac. Parat. in h. lib. — Die Gestattung der vindicatio ist in diesem Falle etwas ganz Singuläres, mit consequenten Rechtsprincipien Unvereinbares. —

3) Daß Justinian in l. 10 Cod. de revoc. donat. (8. 56) unter diese mit der betreffenden eigenthümlichen Wirkung versehenen Fälle des Undanks den der Nichterfüllung gemachter Auflagen mit aufgenommen hat, ist sonderbar genug, da die für diesen Fall eröffnete Concurrenz dieser Klage mit der bezüglich des Klagegrundes und der Beweislast jedenfalls (wie später dargethan werden wird) vortheilhafteren condictio ob causam datorum höchst überflüssig und aus anderen Gründen unpassend war. Beide Klagen sind aber wohl von einander zu unterscheiden; denn die erstere hat das moralische Motiv des Undanks zum Klagegrunde, woran bei letzterer nicht zu denken ist. — Vergl. auch Cujac. Parat. ad h. lib. Cod. —

züglich der culpa ausgesprochenen Ansichten zurückverweisen, wiederum cum grano salis verstanden werden. Die Alimentation ist nämlich keine einfache, sondern eine sehr zusammengesetzte, höchst complicirte Leistung, die, auf einen dauernden Zustand berechnet, sich in den mannigfaltigsten Gestalten und Formen stündlich in ihren Theilen wiederholt und fortsetzt. Es liegt daher in der Natur der Sache, daß eine Klage, in welcher bloß ganz allgemein auf die zu erfüllende Alimentationsverbindlichkeit Bezug genommen würde, an zu großer, processualisch unstatthafter Allgemeinheit leiden würde. Der Kläger hat daher die Obliegenheit, zu specificiren, auf welche einzelne Bestandtheile des sich im Ganzen durch einen größeren oder geringeren Theil seines Lebens hinziehenden Alimentationsgenusses, der zu beanspruchenden Pflege und Behandlung es im Fragefalle ankommt. Die Natur der Sache, die Sprache und Logik, die Klarheit und Bündigkeit des Vortrags wird es also immer mit sich bringen, daß er einzelne Beschwerdepuncte und damit gewisse Momente der Nichterfüllung hervorheben muß. Es liegt hier also wieder, wie schon an mehrfachen Beispielen, auch aus den römischen Rechtsquellen, gezeigt worden ist, die Nothwendigkeit vor, pro coloranda causa Thatsachen anzuführen, welche zum processualischen Klagegrunde streng genommen nicht gehören, und also auch vom Kläger ungeachtet der Allegation nicht bewiesen zu werden brauchen. Es ist hier aber auch wieder so, wie weiter oben bei Gelegenheit der Betrachtung der culposen Nichterfüllung bemerkt wurde. Auch hier, und aus denselben Gründen, wie dort, eröffnet die eigenthümliche Natur der Verhältnisse ein besonders reiches Feld für den directen Gegenbeweis, dessen Anticipation in vielen solchen Fällen sich sogar als empfehlenswerth darstellen möchte. Deßhalb und wegen der bisher in dieser Lehre herrschenden so großen Un-

klarheiten und Schwankungen mag denn auch in praxi immer ein so vielfältiger und weiter Gebrauch von solcher Anticipation des direkten Gegenbeweises in diesen eigenthümlichen Fällen gemacht worden sein.

Die condictio ob causam datorum.

§. 35.

Wenn ich der Gruppe der hier betrachteten Rechtsinstitute noch das der condictio ob causam datorum zum Grunde liegende anreihe, so möchte dies in mancher Hinsicht auffallend erscheinen, und es bedarf deßhalb einiger rechtfertigender Vorbemerkungen. Ich untersuchte bisher obligatorische Verhältnisse mit substituirten secundären Leistungen und das Verhältniß der Letzteren zu dem eigentlichen Rechtsobjecte. Die juristische Natru des datum ob causam ist nun allerdings in wesentlichen Puncten verschieden von jenen rechtlichen Erscheinungen. Allein es giebt doch auch Berührungspuncte zwischen diesen scheinbaren Gegensätzen, welche meines Erachtens nicht zu übersehen sind.

Wenn nämlich eine Sache in Erwartung und mit der Bestimmung einer Gegenleistung hingegeben wird, wo die Formeln „do, ut des, — do, ut facias“ zur Anwendung zu bringen sind, so kann zwar in der Regel auf Erfüllung dieser Gegenleistung, oder das Interesse (mit der actio praescriptis verbis nach römischem Rechte, nach heutigem mit der aus jedem einfachen pactum zuständigen Klage) geklagt werden. Allein, ganz abgesehen von den noch vorkommenden Fällen der Ermangelung einer solchen Klage auf Erfüllung, wird dem Geber dann, wenn die Gegenleistung nicht freiwillig erfolgt ist, oft weniger daran liegen, sie zu erzwingen, oder ein dabei oft sehr zweifelhaftes Interesse zu erstreiten, als vielmehr daran, das in dieser Erwartung Hingegebene zurück

zu erhalten. Und es bleibt wenigstens immer das natürlichste, einfachste Verlangen, dasjenige, was man zur Erreichung des bestimmten Zweckes eingesetzt hat, beim Fehlschlagen desselben zurück zu erhalten. Je precärer nun die Erreichung des beabsichtigten Zweckes ist, um so mehr erscheint das Recht, das darum Aufgeopferte zurück zu verlangen, als eine Sicherung des praktischen Objects, als ein gesicherter Ersatz für die fehl geschlagene Erwartung des angestrebten, von vorn herein weniger gesicherten Objects. Zwar hat hier die Rückgabe des um des Zweckes willen Hingegebenen nicht, wie bei den anderen betrachteten Verhältnissen, die Bedeutung eines bloß solutionis causa beigefügten Objects, vielmehr tritt hier das umgekehrte Verhältniß ein, daß das eigentlich praktische gerade auch als das juristische Object der Obligation, der zu erreichende Zweck dagegen als ein ganz untergeordnetes juristisches Moment erscheint. Allein wir haben schon bei den Untersuchungen über das Wesen der römischen Pönalstipulationen ein gleiches Verhältniß zu beobachten Gelegenheit gehabt und gefunden, daß selbst die directe Umkehrung dieser Verhältnisse zur Bestätigung des leitenden juristischen Princips dienen muß.

Dieser Umstand und der, daß die condictio ob causam datorum mit den andern oben erörterten Rechtsinstituten fast immer das gleiche Schicksal einer egal irrigen Auffassung ihres Klagegrundes und mithin einer gleich irrigen Bestimmung der Beweislast getragen hat; dies hat mich bewogen, auch ihrer Betrachtung in diesen Versuchen einigen Raum zu geben.

Bevor ich näher auf meine eigenen Ansichten über dieses eigenthümliche Rechtsmittel eingehe, kann ich nicht unterlassen, soweit es hier von Interesse ist, die Resultate, zu welchen der neueste ausführlichere Schriftsteller über dieses

Rechtsinstitut in seinen sehr gründlichen und schätzenswerthen Untersuchungen gelangt ist, in kurzen Umrissen zu referiren.

Erxleben[1]) widerlegt zuerst die bekannten älteren und neueren Theorieen über diese Condictionen und stellt als die wichtigste, ihre Lösung noch erwartende Frage die auf: Aus welchem Rechtsgrunde ist der Empfänger genöthigt, der Erwartung des Gebers, ihm das im Hinblick auf einen bezweckten Erfolg Gegebene, wenn dieser Erfolg nicht eingetreten ist, zurück zu geben, zu entsprechen? — Er tritt nun zwar der Ansicht bei, welche diese Obligation aus der Thatsache des grundlosen Gebens und Habens ableitet und die condictio causa data, causa non secuta als eine besondere Art der condictiones sine causa betrachtet, sieht sich aber zu einer neuen, abweichenden Begründung dieser Ansicht veranlaßt. Er legt nämlich alles Gewicht auf die Absicht des Gebers, auf dessen unvollendeten Willen, indem er sagt, die datio habe allerdings ihre causa in dem Erfolge, welcher durch sie (die Hingabe) bezweckt werden sollte, jene sei erst durch die Rücksicht auf diesen ursachlich hervorgerufen, aber dieser Erfolg sei erst die bedingende Voraussetzung, von welcher der Geber die Wirksamkeit seiner Leistung abhängig gemacht habe. Diese Beschränkung, welche der Leistung beigefügt sei, äußere sich nun bei der datio ob causam ganz, wie eine auflösende Bedingung in Bezug auf den Bestand der Leistung im Falle des Nichteintritts des Erfolges. Die anfangs vorhandene causa falle also wieder hinweg, und dadurch entstehe nun die Obligation auf Rückgabe des Empfangenen,

„id, quod ex justa causa ad eum pervenit, redit ad non justam causam“.

---

1) Die condictiones sine causa, II. Abth. (1853). —

Die Beschränkung, unter welcher der Geber die Sache übertrage, bilde für den Empfänger die Bedingung (lex, conditio) seines Erwerbes, welcher mithin resolutiv bedingt sei, jedoch in diesen Fällen nicht dergestalt, daß das Eigenthum ipso jure zurückfalle, sondern so, daß eine suspensiv bedingte Obligation auf Rückgabe der empfangenen Sache beim Nichteintritte des Erfolges, beim Hinwegfall der causa, wodurch der Erwerb nachträglich grundlos werde, entstehe. —

Wie nun Erxleben diese obligatio ob rem dati als eine unter einer negativen Suspensivbedingung constituirte auffaßt, so will er auch die über diese Bedingungen geltenden Rechtsgrundsätze überall auf jene angewandt wissen und entscheidet sich consequenterweise auch bezüglich des Klagegrundes und der Beweislast dafür, daß der Nichteintritt des beabsichtigten Erfolges (causae defectus) vom Kläger mit allegirt und bewiesen werden müsse[2]).

Letzterer Ansicht kann man in der That nicht ausweichen, sobald man mit Erxleben annimmt, daß die obligatio ob rem dati eben erst dann entstehe, wenn der Nichteintritt des zur causa erhobenen Zweckes entschieden sei. Diese Consequenz würde weder nach den vorher von mir aufgestellten allgemeinen Grundsätzen über den Klagegrund, noch gegenüber dem für die negative Suspensivbedingung in l. 10 D. de verb. obl. (45. 1) deutlich ausgesprochenen Quellenzeugnisse in Abrede gestellt werden können. Gegen die von Erxleben gegebene Entscheidung der letzteren Frage sind nun zwar vor und nach ihm widersprechende und abweichende Ansichten aufgestellt und geltend gemacht worden. So unter Andern, um

---

2) Erxleben a. a. O. §§. 6 und 7, S. 84—131), und §. 18, S. 499 bis 507. —

nur neuere Schriftsteller zu nennen, von Windscheid[3]) und Bähr[4]). Allein sie scheinen mir hier so mangelhaft begründet zu sein, daß es noch immer der Mühe lohnt, einige Worte mehr und namentlich andere Gründe für die wissenschaftliche Wahrheit in die Wagschale zu werfen. Gegen die Triftigkeit der Windscheid'schen Gründe hat Erxleben[5]) selbst einen Widerspruch erhoben, welcher sich aus des Ersteren Ausführung nicht ohne Weiteres beseitigen läßt. Bähr aber geräth, wenn er erst die obligatio ob rem dati und die darauf gegründete condictio lediglich durch den Nichteintritt der causa entstehen läßt und gleichwohl diesen Nichteintritt von den Bestandtheilen des Klagegrundes ausschließt, mit den ersten unumstößlichen Rechtsgrundsätzen über den Klagegrund und mit den diesen zum Grunde liegenden Quellenzeugnissen in Collision. — Wo ist nun aber die Wahrheit zu suchen? — Um dieser auf die Spur zu kommen, muß man, glaube ich, vor allen Dingen sich sehr vor jenen Irrlichtern, als welche ich die Bedingungen bezeichne, hüten. Man muß diesen ihr eigenthümliches Gebiet ruhig belassen, strenge Grenzen um dasselbe herumziehen und sie nicht auf einen Boden verpflanzen wollen, wohin sie nicht gehören. Diese Vorsicht ist leider in der Theorie und Praxis sehr oft vernachlässigt worden. Wo man nicht gleich einen anderen Ausweg sieht, da müssen allemal die Bedingungen vorhalten, und was einigermaßen den äußeren Schein davon hat, dem spricht man auch sehr nachgiebig gleich das Wesen zu. Das ist freilich leicht ge-

---

3) Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung (1850) §. 12 S. 189 bis 190. —

4) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855) §. 18, S. 63 bis 67.

5) A. a. O. S. 501—502. —

than, aber es nützt zu Nichts, indem man in der Regel nur einen sehr schlechten theoretischen Nothbehelf damit gewinnt.

Die condictio ob causam datorum (Fortsetzung).

§. 36.

Indem ich mich auf die bereits vorgetragenen Bemerkungen über die Natur der Bedingungen zurückbeziehe, wiederhole ich nochmals, daß causa und conditio von einander sehr wohl unterschieden werden müssen. Die causa ist aber Nichts weiter, als der rechtliche Grund einer an sich entschiedenen Verpflichtung, oder directen Vermögenszuwendung; die Bedingung ist diejenige Form einer vorbehältlichen, unentschiedenen Verpflichtung, oder Vermögenszuwendung, durch welche der disponirende Wille irgend ein factisches Ereigniß zu einem ihm selbst coordinirten Rechtsfactor erhebt. Daraus folgt, daß der Defect der objectiven causa, mag sie der Disponent irrthümlich als schon vorhanden gedacht, oder noch in der Zukunft erwartet haben, immer gegen den Willen des Disponenten in die Erscheinung treten muß, während der Eintritt, wie die Deficienz der Bedingung ganz außerhalb der obligationsmäßigen Willensrichtung der Rechtssubjecte liegt.

Bei der Vergleichung der causa praeterita mit der conditio tritt dies schon im Ausdrucke schärfer hervor. Erstere indicirt sich mit „quia“, letztere mit „si“[1]). Aber auch die

1) L. 17 §. 3, l. 72 §. 6 D. de condit. et demonstr. (35. 1). L. 52, 65 §. 2 D. de condict. indeb. (12. 6). — Hierbei ist übrigens zu gedenken, daß bei freiwilligen Zuwendungen die causa praeterita regelmäßig nur als moralisches Motiv ohne juristische Wirkung angesehen wird. —

causa futura würde sich viel deutlicher so, wie die causa praeterita, indiciren lassen, wenn man das Verhältniß stets in folgender Weise formulirte: Ich gebe, oder verspreche, weil ich erwarte, daß u. s. w. — Hier zeigt sich deutlich, daß das Fehlschlagen der Erwartung allemal gegen den Willen des Gebers eintreten muß. Nun stelle man diesem Beispiele das einer ächten Bedingung gegenüber, z. B.: Ich verspreche, dir X zu geben, wenn Titius in diesem Monate von seiner Reise nicht zurück kehrt! — Hier kann man nicht sagen, daß der Wille eines der Subjecte auf die Rückkehr, oder Nichtrückkehr des Titius gerichtet sei; höchstens kann in dieser Beziehung von einem Wunsche, einer Hoffnung die Rede sein. Der rechtliche Wille ist lediglich auf die Leistung des Objects gerichtet, aber er ist durch einen Vorbehalt geschwächt. Die Römer indiciren nun die causa futura gegenüber der conditio in der Regel durch „ut". Damit ist denn auch der Zweck, der unter dem Willen steht, ganz gut angedeutet gegenüber dem factischen Inhalte der Bedingung, welcher neben und gewissermaßen über den disponirenden Willen gesetzt ist. Das Rechtsverhältniß der datio ob causam hat nun aber eine doppelte Seite, indem es im Falle der Nichtvollendung besondere Wirkungen hervorbringt. Wird letztere Seite allein hervorgehoben, so verdunkeln sich jene äußeren Unterscheidungsmerkmale dergestalt, daß eine Verwechselung mit dem bedingten Rechtsverhältnisse sehr nahe liegt. Denn es formulirt sich dann am Anschaulichsten in gleicher Weise, wie das bedingte, nämlich also: Wenn meine Erwartung fehl schlägt, so bist du schuldig, das Gegebene zu restituiren. Dennoch bleiben jene wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Rechtsverhältnissen bestehen. Das erwartete Ereigniß ist und bleibt hier causa, eine Bedingung liegt nicht vor. Diese Unterschiede müssen aber auch zweifellos wichtige

Consequenzen auf die in ihre Kreise fallenden Rechtsinstitute nach sich ziehen. — Um mich jedoch vor möglichen Mißverständnissen zu bewahren, schalte ich hier vorerst noch einige speciellere Bemerkungen über die Bedeutung des Wortes causa ein. —

Dieses Wort wird, wie das Wort conditio, in den Rechtsquellen in verschiedenem Sinne gebraucht, nämlich einmal als der technische Ausdruck eines bestimmten juristischen Begriffs, dann aber auch vielfach, entkleidet von diesem engeren Charakter, in der weiteren Bedeutung, welche es in der freieren Umgangssprache genießt, als Hülfsmittel zur Verständigung und zur Erklärung anderer Verhältnisse und Begriffe. Im technischen Sinne bedeutet es, wie schon bemerkt, den rechtlichen Grund einer Verpflichtung, oder directen Vermögensübertragung. Mit Recht unterscheidet man hierbei wieder eine subjective und eine objective causa und findet in der ersteren den bloß erst beabsichtigten Zweck, welcher der Leistung den Charakter einer juristischen Function verleiht, in der anderen (objectiven causa) den wirklich erreichten Zweck, den objectiv vollendeten juristischen Grund[2]). — Im außertechnischen Sinne wird es dagegen oft zur Bezeichnung allgemein menschlicher, aller juristischen Wirksamkeit entkleideter Motive gebraucht, so namentlich auch bei Schenkungen[3]) und bei letztwilligen Zuwendungen[4]). Außerdem wird es in so mannichfaltigem und verschiedenem Sinne gebraucht, daß manche Bedeutungen desselben wirklich befremdend erscheinen[5]).

---

2) Man vergl. Bähr, a. a. O. §. 3. —

3) L. 2 §. 7, l. 3 D. de donat. (39. 5). —

4) L. 17 §. 2. D. de condit. et de monst. (35. 1). —

5) Man vergl. Heumann, Handlex. z. corp. j. c. sub V. „causa" und namentlich l. 44 pr. D. de obl. et act. (44. 7). —

Jene causa kann nun eine vorausgegangene, gegenwärtige, oder zukünftige sein. So setzt das „solvere" jedesmal eine vorausgegangene causa voraus; beim creditum und bei der reinen Schenkung liegt die causa wenigstens in der Gegenwart. Dort giebt man, um gleichzeitig eine Forderung auf Rückzahlung zu erwerben, hier, um den Beschenkten lediglich zu bereichern. Beide Zwecke werden im Augenblicke der Hingabe erreicht. Man kann aber auch in und mit der Absicht geben, um hierdurch einen zukünftigen Zweck zu erreichen. Die in diesem Falle vorliegende causa futura ist nun aber hinsichtlich ihrer juristischen Wirksamkeit von ihrem Gegensatze, der causa praecedens oder praesens wohl zu unterscheiden. Der Unterschied wird in den Quellen meistens schon durch den Ausdruck beobachtet, indem man bei der vorhandenen causa in der Regel sagt „dare ex causa", bei der zukünftigen aber „dare ob rem", oder auch „ob causam"[6]). Vergleichen wir nun die causa praesens[7]) und futura rücksichtlich ihres inneren Gehaltes mit einander, so müssen wir bald finden, daß ersterer ein weit höherer juristischer Werth inne wohnt und daß ihr vorzugsweise der Anspruch auf die Bezeichnung als vollkommene causa zukommt. Denn bei ihr trifft allemal, den Fall des Irrthums ausgenommen, das subjective und objective Moment sofort zusammen, während bei der causa futura beide Momente anfangs stets getrennt von einander liegen, das sub-

6) Vergl. Cujac. comment. ad Africanum VIII, ad leg. penult. de cond. sine causa, — „damus ex causa praesenti, ob causam vero futuram". Erxleben, a. a. O. §. 1, S. 1—3. — Die Hauptsache ist, daß das „ob rem" niemals auf eine causa praeterita bezogen werden kann. —

7) Causa praecedens und praesens sind hinsichtlich ihrer juristischen Wirkung von gleicher Bedeutung. —

jective dem objectiven voraus geht und letzteres gerade immer der ungewissen Zukunft anheim gegeben ist. Man darf daher die causa futura gewiß mit Recht als eine unvollkommene bezeichnen. Gerade so und nicht anders verhält es sich aber auch mit der causa, deren Mangelhaftigkeit die condictio sine causa im engeren Sinne, insbesondere die condictio indebiti begründet. Das subjective Moment der causa ist hier ebenfalls vorhanden, es fehlt aber das objective, und der Unterschied zwischen beiderlei mangelhaften causae besteht nur darin, daß bei dieser letzteren Art der Leistende irrthümlicherweise auch das objective Moment als vorhanden annimmt, während er bei der causa futura sich des derzeitigen Mangels dieses Moments sofort bewußt ist. In beiden Fällen aber leistet er im Hinblick auf einen bestimmten beabsichtigten Zweck, und in beiden Fällen tritt seinem eigentlichen Willen ein Hinderniß entgegen, wodurch der Zweck der Leistung vereitelt wird.

Die condictio ob causam datorum (Fortsetzung).

§. 37.

Wie nun das Recht vernünftigerweise eine Verpflichtung oder directe Vermögensübertragung ohne das Vorhandensein irgend einer causa überhaupt nicht anerkennt und anerkennen kann, so muß es wohl auch dem Unterschiede zwischen der vollkommenen und unvollkommenen causa eine einflußreiche Bedeutung hinsichtlich der eben erwähnten Wirksamkeit einräumen. Hiernach muß der vollkommenen, der justa causa praecedens vorzugsweise die Kraft inne wohnen, einer Vermögensübertragung die Eigenschaft einer in sich gänzlich abgeschlossenen Vollkommenheit zu verleihen, während der Er-

folg beim bloßen Vorhandensein des subjectiven Moments der causa ein so vollkommener nicht sein kann, obgleich der Mangel des objectiven Moments den Uebergang des Eigenthums auf vorgängige Tradition an sich in der Regel nicht hindert. In diesem Sinne möchten die Worte des Paulus: „nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“ [1]), — zu verstehen sein, indem er beispielsweise gerade die vollkommene causa hervorhebt, ohne jedoch durch Uebergehen der unvollkommenen diese Wirksamkeit abzusprechen. — Würde das Recht einer solchergestalt mangelhaften causa alle positive juristische Wirksamkeit versagen, so würde darin eine ungerechtfertigte Schmälerung des Rechtsstoffes überhaupt zu finden sein. Gäbe es ihr aber die ganze Kraft einer vollkommenen causa, so würde sich die aequitas dadurch wieder sehr verletzt fühlen, welche nicht will, daß sich Jemand zum Schaden eines Anderen bereichere. Die sonach als nothwendig anzuerkennende Schwächung der Wirkungen der mangelhaften causa ist nun in der Weise herbeigeführt worden, daß eine Obligation auf Rückgabe der mit ermangelnder objectiver causa in des Anderen Eigenthum übertragenen Sache constituirt wurde. Die Obligation entsteht, wie so manche andere im römischen Rechte, ohne irgend einen ausdrücklichen, oder stillschweigenden Vertrag ganz einfach aus einem Zustande, aus der Thatsache des grundlosen Habens [2]), die Grundlosigkeit auf den Mangel der objectiven causa bezogen.

---

1) L. 31 pr. D. de acqu. rerum dom. (41. 1); Bähr, a. a. O., S. 14. —

2) Vergl. Puchta, Pandekten §. 249; Savigny, System V. S. 521 u. f. w. und Erxleben a. a. O., S. 81 u. f. w. — Der Versuch der römischen Juristen, die Entstehungsgründe der Obli-

Daß dieser Rechtszweck mittelst einer Obligation und nicht mittelst ipso jure erfolgendem Eigenthumsrückfall erreicht wird, sollte diese Verhältnisse gerade vor einer Verwechselung mit anderen davon gar sehr verschiedenen, nämlich mit den wahrhaft resolutiv bedingten schützen. Bei letzteren bewirkt der sich selbst beschränkende Wille den unmittelbaren Rückfall des Eigenthums, während die causa eine ganz vollkommene ist. Bei der ob rem datio liegt aber eine solche Selbstbeschränkung des Willens gar nicht vor. Der Wille ist entschieden auf Eigenthumsübertragung und die Erreichung des bestimmten Zweckes gerichtet[3]). Die Schwächung des Rechtsverhältnisses wird hier lediglich durch die dem Willen des Disponenten entgegen tretende Mangelhaftigkeit der causa bewirkt. — Da diese Ursache nun gleich anfangs existirt, so müßte vernunftgemäß eher der Eigenthumsübergang sofort verhindert werden, als daß später erst der unmittelbare Rückfall eintreten könnte; denn letzterer Erfolg würde juristisch ganz unmotivirt

---

gationen vollständig aufzuführen und systematisch zu classificiren, darf nicht zu den gelungensten gerechnet werden. Zustände sind in der That als Entstehungsgründe von Obligationen vielfältig anerkannt, es sind aber unpassende Bezeichnungen für dieselben gewählt worden. Diese Schwäche scheint auch Gajus gefühlt zu haben, worüber lex 5 D. de obl. et act. (44. 7) nachzusehen ist. Pomponius sagt (lex 13 §. 2 D. commodati (13. 6) —) in Bezug auf dergleichen durch Zustände erzeugte Obligationen: „Plerumque enim id accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur". —

3) Von einem Willensvorbehalte, einer Willensbeschränkung könnte bei der datio ob causam höchstens nach einer ganz einseitigen Richtung hin die Rede sein, nämlich in Bezug auf den Ausschluß des animus donandi. Dies ist aber lediglich eine negative Seite des Verhältnisses, welche der positiven gegenüber nicht in Betracht kommen kann.

und geradezu inconsequent sein. Deßhalb ist es denn auch in der allgemeinen Rechtsvernunft vollkommen begründet, daß die Wirkung der Mangelhaftigkeit der causa in der Erzeugung einer Obligation besteht. In allen diesen Puncten kann ich daher durchaus den Ansichten Erxleben's[4]) nicht beistimmen, welcher hier Alles nach der Lehre von den Bedingungen beurtheilt wissen will und, wie mir scheint, verleitet durch ungenaue, aus eigener Unklarheit des Bewußtseins hervorgegangene Ausdrücke der römischen Juristen und durch Stellen, welche sehr bedenklich angesehen sein wollen und verschiedene Auslegungen zulassen, das ganze Verhältniß der ob rem datio geradezu als ein rein bedingtes bezeichnet. Er gelangt dadurch zu einer äußerst gekünstelten, dem im römischen Rechte waltenden Geiste der edeln Einfachheit widersprechenden Construction, indem er einmal die datio ob rem als eine resolutiv bedingte Vermögensübertragung und dann wieder die obligatio ob rem dati als eine suspensiv bedingte Verbindlichkeit betrachtet. Also wo möglich alle Hauptgattungen von Bedingungen in einem Rechtsverhältnisse vertreten! Ueberall Bedingungen! — Diese Grundlage führt zu schlimmen Consequenzen und namentlich zu den übelsten beim Klagegrunde, nämlich zu höchst unnatürlichen Entscheidungen über die Beweislast, indem in den meisten Fällen jene widerwärtigen Negativenbeweise, wie z. B. über nicht erfolgte Leistungen, aufgelegt werden müßten, gegen welche sich nun einmal alles Rechtsgefühl sträuben muß. Wenn man aber hier auf den Geber, was man wohl mit Recht darf, das „legem rei suae dicit“[5]) anwendet, so bleibt es in der

---

4) A. a. O. S. 85 flgg.

5) Erxleben, a. a. O. S. 114. L. 17 §. 3. D. commodati (13. 6), l. 20 §. 1 D. de pact. dotal. (23. 4). —

That unbegreiflich, wie man ihm Willensbestimmungen unterschieben kann, in Folge deren er sich selbst eine solche Last auflegen und sich seine eigene Rechtsverfolgung von freien Stücken auf solche Art erschweren würde. Wie kann man ferner dem so kerngesunden römischen Rechtsgeiste, der so zu sagen in odium der Negativenbeweise in der exceptio non numeratae pecuniae ein Institut geschaffen hat, worin die ratio der Befreiung des Excipienten von jenem Beweise schwierig zu erklären ist[6]), zutrauen, daß er in unseren Fällen sich für eine solche Beweispflicht entschieden habe? Schon diese Rücksichten sollten vor der Aufstellung solcher Meinungen warnen. Es muß sich aber auch zeigen lassen, daß sie aus directen Gründen unstatthaft sind. Wie nämlich in Folge des Mangels der objectiven causa die der condictio indebiti zum Grunde liegende Obligation sofort mit der Zahlung der Nichtschuld entsteht, ebenso, aus demselben Grunde und mit demselben Rechte entsteht auch die obligatio ob rem dati sofort mit der datio ob rem, oder ob causam futuram. Denn der Empfänger des indebitum hat es gerade eben nicht im höheren Grade sine causa, wie derjenige, welcher eine Sache ob causam futuram erhalten hat, sie auch gleich anfangs sine causa hat. In beiden Fällen ist gleichmäßig bei der Uebertragung bloß das subjective Moment der causa vorhanden und wirksam gewesen, in beiden fehlte es vom Anfange an am objectiven Momente derselben. Der Unterschied besteht nur darin, daß die causa futura die Aussicht hat, möglicherweise noch die Vollkommenheit durch Zutritt des objectiven Moments zu erlangen. Dies hat denn auch seine Folgen, aber nicht etwa

6) Bähr a. a. O. S. 291 flgg.

die, daß deßhalb die Obligation suspendirt sein müsse. Dafür liegt durchaus kein nothwendiger, ja nicht einmal ein annehmbarer Grund vor, wie sich im Folgenden gleich zeigen wird.

Die condictio ob causam datorum (Fortsetzung).

§. 38.

Das ganze Verhältniß der ob rem datio ist auf eine gewisse Dauer und namentlich darauf berechnet, daß der Geber die causa futura in ihrer Schwebung bis zu einem gewissen Entscheidungsmomente ungestört gewähren lassen müsse. Dieser Moment ist je nach der Natur des concreten Falls verschieden zu bestimmen. In den meisten Fällen wird er allerdings erst dann eintreten, wenn entschieden ist, daß die gewollte causa futura sich nicht **mehr** verwirklichen könne, daß ihrer Realisirung unbesiegbare Hindernisse entgegen getreten seien. Er kann aber auch früher eintreten, namentlich wenn der Eintritt der causa von der Thätigkeit des Empfängers abhängt, wenn sie in einer Leistung desselben besteht. Dann tritt der Entscheidungsmoment mit der Säumigkeit des Verpflichteten ein, nämlich, sobald es bei ihm stand, zu leisten. Länger braucht der Berechtigte nicht zu warten. Dies kann ihm nach den Principien der aequitas, welche auch hier maßgebend sind, nicht zugemuthet werden. Endlich ist die Entscheidung im römischen Rechte für gewisse Fälle (propter poenitentiam) sogar in die Willkühr des Gebers gestellt worden. Wie nun der Geber im Momente der Uebergabe der Sache ungeachtet der Unvollkommenheit der causa das Eigenthum und somit die rei vindicatio aufgiebt, so erwirbt er eben für diesen zur Zeit noch nicht vollkommen rechtsbegründeten Verlust sofort in demselben Momente die obligatio ob rem dati, jedoch noch nicht

im Stadium der entstandenen Klage, als dem Stadium ihrer höchsten Reife. Denn nach der Natur des durch den Willen beherrschten Rechtsverhältnisses kann man nicht sofort bei dessen Entstehen eine Rechtsverletzung annehmen. Diese aber begründet ja erst, wie sattsam bekannt ist, die Nativität der Klage.

Diese Auffassung ist römisch rechtlich durchaus gerechtfertigt. Zunächst begegnen wir ihr bei der obligatio sub die certo. Hier wird entschieden ausgesprochen, daß die obligatio zwar sofort existent geworden, aber nur ante diem nicht klagbar sei.

Paulus:

„Centesimis Calendis dari, utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio“ [1];

„Ex die incipit obligatio —, cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur“ [2];

Ulpianus:

„Dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur“ [3]. —

Bemerkenswerth sind hier die Ausdrücke in den beiden letzten Stellen. Namentlich scheint Paulus in der ersten und zweiten, genau genommen, sich selbst wenigstens theilweise zu widersprechen, indem er zur Bezeichnung ein und desselben Verhältnisses einmal sagt: „praesens obligatio est“, das andere Mal aber: „ex die incipit obligatio“, ein Beweis, daß es die römischen Juristen mit den Worten so genau nicht nehmen und daß sie in der Ueberzeugung, für ihre

1) L. 46 pr. D. de verb. obl. (45. 1). —
2) L. 44 §. 1 D. de obl. et act. (44. 7). —
3) L. 41 §. 1 D. de verb. obl. (45. 1) u. Cujac. ad h. l. —

Zeit das richtige Verständniß voraussetzen zu dürfen, um Mißverständnisse gerade nicht allzu ängstlich waren. Man muß sich daher sehr hüten, bei der Interpretation ihrer einzelnen Stellen einen zu hohen Werth auf ein Wort, einen Ausdruck zu legen, der oft etwas ganz Anderes bezeichnen soll, als er scheint. Ich werde später Gelegenheit nehmen, von dieser Wahrnehmung einen praktischen Gebrauch zu machen.

Aber auch abgesehen vom dies adjectus giebt es noch viele andere Rechtsverhältnisse, bei denen die Regel gilt, daß die Obligation zwar schon existent, die Klagbarkeit aber hinaus geschoben sei. Dies ist überall der Fall, wenn aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses zu entnehmen ist, daß die Erfüllung der Obligation seiner Natur nach nicht sofort, sondern erst später nach einer gewissen Veränderung oder besonderen Gestaltung der Umstände, oder nach Verlauf eines gewissen nach Billigkeit zu bemessenden Zeitraumes rechtlich erwartet werden darf:

> „Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id, quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum aedificari stipulatus sit. T u n c e n i m i n c i p i t a c t i o, c u m e a p e r r e r u m n a t u r a m p r a e s t a r i p o t e s t"[4]).

Man darf daher den in unbestimmter Zukunft liegenden Moment, in welchem derartige Obligationen das höchste Stadium ihrer Reife erlangen, als ein Analogon des dies incertus bezeichnen und die Wirkungen des dies adjectus als ana-

---

4) L. 73 pr. D. de verb. obl. (45. 1). Vergl. auch Cujac. ad l. 41 huj. tit. „Die non adjecta, praesenti die debetur (i. e. praesenti die solvendum est), nisi locus, conditio, modus, vel res ipsa extrahat diem". —

log auch auf jenen anwendbar betrachten[5]). Wenn nun auch der dies incertus bei letztwilligen Dispositionen als Bedingung angesehen werden soll[6]), so wird er doch bei denjenigen Obligationen, die ihren Ursprung nicht von einem letzten Willen herleiten, wesentlich anders beurtheilt. Es werden namentlich nicht die Erfordernisse an den Klagegrund gestellt, welche rücksichtlich der ächten Bedingungen zu beobachten sind. Wenn z. B. Jemand eine Geldsumme versprochen hat, sofern er nicht ein bestimmtes Haus stützen, sich nicht an einem bestimmten Orte stellen, nicht nach Alexandria gehen würde, so wird zum Klagegrunde keineswegs die Allegation des Umstands verlangt, daß der Promissor jene Handlungen nicht vorgenommen habe, sondern es kann mit Rücksicht auf die Natur des Verhältnisses und namentlich auf das materielle Interesse des Stipulators im ersten Falle geklagt werden, sobald der Promissor in mora ist, in den anderen Fällen, wo die Zeit der vorzunehmenden Handlungen gleichgültig ist, kann dann sofort geklagt werden, sobald sich herausstellt, daß die Handlungen nicht mehr vorgenommen werden können, daß also das gemeiniglich als Bedingung unrichtigerweise aufgefaßte Ereigniß nicht mehr zu erwarten stehe. Es leuchtet ein, daß diese und die Thatsache des bis dahin effectiv nicht eingetretenen Ereignisses von einander sehr verschiedene Dinge sind.

Daß diese Auffassung derartiger Rechtsverhältnisse aber die im römischen Rechte gangbare ist, dies möchte mit überzeugender Bestimmtheit aus lex 72 §. 2, lex 73 pr., l, 98 §. 1 u. l. 115 pr. §. 1 u. 2 D. de verb. obl. (45. 1)

5) Vergl. l. 72 §. 2 D. de verb. obl. (45. 1) „ubi coepit mora fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedit". —
6) L. 75 D. de condit. et demonstr. (35. 1). —

und deren Zusammenhalt mit den anderen citirten und bezugsweise besprochenen Stellen hervor gehen. —

Die Handlung, auf welche die Absicht des Stipulator gerichtet ist, wird nämlich, wie oben bei Betrachtung der Conventionalstipulationen ausgeführt wurde, als solvendi causa beigefügt angesehen, so daß der Promissor durch ihre Vornahme die auf Geld gerichtete Obligation zu tilgen vermag. Die Behauptung, daß die Handlung vorgenommen worden sei, involvirt die der Tilgung der Obligation und hat daher die processualische Bedeutung einer Einrede.

Die condictio ob causam datorum (Fortsetzung).

§. 39.

Die obligatio ob rem dati entsteht also an und für sich sofort bei Hingabe der Sache, sie wird gewissermaßen eingetauscht gegen das entäußerte Eigenthum und die aufgegebene vindicatio, ist aber der Natur des Verhältnisses gemäß nicht sofort klagbar; denn der Inhalt desselben schließt die Annahme einer sofortigen Rechtsverletzung unbedingt aus. Die Entstehung der Klage ist vielmehr im Allgemeinen auf denjenigen Moment zu verlegen, in welchem rechtliche Gründe zum Aufgeben der noch ferneren Erwartung der causa futura, des objectiven Bestandtheils der causa, eintreten. Diese Gründe, als Inhalt der Rechtsverletzung, sind allerdings ein Bestandtheil des processualischen Klagegrundes. Auch werden sie in vielen, vielleicht den meisten Fällen der datio ob rem mit dem wirklichen defectus causae geradezu zusammenfallen. Ganz entschieden ist aber dies Letztere für die Fälle in Abrede zu stellen, wenn die causa futura in einer Leistung des Empfängers besteht. H i e r e n t s t e h t d i e K l a g e s c h o n d a n n, w e n n e i n l ä n g e r e s Z u r ü c k h a l t e n d e r L e i s t u n g

von Seiten des Empfängers rechtlich nicht gebilligt werden kann, und diese Regel gilt namentlich von den Fällen, in welchen ein Innominatcontract zum Grunde liegt. Hier ist sie von der wichtigsten praktischen Bedeutung.

Wenn wir nun hiernach dem Richteintritte der causa futura keine positive processualische Wirksamkeit zuschreiben können, so müssen wir der causa secuta nothwendig eine solche beimessen. Wir stoßen hier auf das nämliche Verhältniß, welches oben in Bezug auf die secundären Leistungen dargestellt wurde. Die causa secuta steht nämlich zur obligatio ob rem dati in dem Verhältnisse eines Tilgungsmittels. Zwar haben die Obligationen ihre gewissen eigenthümlichen Erlöschungsgründe, „nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi“[1]); allein wir dürfen in der That auch keinen Anstand nehmen, dem Ereignisse des Eintritts der causa futura in den fraglichen Verhältnissen die Wirkung der Aufhebung einer Obligation zuzugestehen und dieselbe als juristisch statthaft anzunehmen. Denn warum sollten Obligationen, da Zustände zu ihren Entstehungsgründen gezählt werden müssen, nicht auch wieder durch Zustände, oder durch Umgestaltung von Zuständen erlöschen können? Oder was ist denn die Tilgung einer Obligation durch casuellen Untergang des Objects, oder Confusion der Subjecte anders, als Erlöschen durch reine Zustände, oder deren Umgestaltung? Es concurriren also hier zwei Tilgungsgründe mit einander, der Eintritt der causa futura und die Rückgabe der ob causam futuram gegebenen Sache[2]). — Dies kann nun auch

1) L. 44. §. 1. D. de obl. et act. (44. 7). —

2) Diese Ansicht, wie überhaupt die ganze eben geschilderte Auffassung findet überdies noch eine ausdrückliche Bestätigung in den Quellen, indem Paulus in l. 4 §. 2 D. de pactis (2. 14) in Bezug auf die stipulatio dotis causa sagt: „ante nuptias male petitur“, also

weiter nicht auffallend erscheinen, nachdem bereits eine Menge Beispiele ähnlicher und gleicher Concurrenzen zur Evidenz nachgewiesen worden sind.

Es muß nun zwar zugegeben werden, daß die römischen Rechtsquellen eine directe, mit dürren Worten ausgesprochene Bestätigung dieser Auffassung der rechtlichen Natur des datum ob rem und der obligatio ob rem dati nicht darbieten. Allein es muß aber auch entschieden in Abrede gestellt werden, daß entgegen gesetzte Ansichten, wie z. B. die Erxleben's, sich eines solchen Vorzugs rühmen könnten. Wenn man sich nämlich für die Meinung, daß das Ausbleiben der causa futura zum Klagegrunde gehöre, auf Ausdrücke beruft, wie z. B. „re non secuta condicam", so könnte man sich für die entgegen gesetzte Ansicht eben so wohl darauf berufen, daß gar oft auch gesagt wird: „causa secuta, repetitio cessat"[3]), ferner auf folgende Stelle: „Sed nisi hoc evidentur actum fuerit, credendum est, hoc agi: ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur"[4]), woraus wirklich der Gedanke eines sofortigen Vorbehalts der Obligation auf Rückgabe der dos hervor leuchtet.

Sodann ist für meine Ansicht hervorzuheben, daß dann, wenn die causa futura in einer das rechtliche Interesse des Gebers fördernden Leistung des Empfängers beruht, die römi-

die Obligation ist vorhanden, aber die Nativität der Klage hinaus geschoben, „et nuptiis non secutis ipso jure evanescit stipulatio. Idem Juliano placet". Also durch den bloßen Umstand, daß die Ehe nicht zu Stande kommt, wird die Obligation getilgt. — Eine liberatio ex eventu wird auch anerkannt in l. 98 pr. D. de solut. et liberat. (46. 3). —

3) L. 1 pr. D. de condict. causa data causa non sec. (12. 4). — Vergleiche jedoch Erxleben a. a. O. §. 7 S. 120 u. f. w. —

4) L. 8 D. de jure dotium (23. 3). —

schen Juristen zum Klagegrunde entschieden nicht den Umstand, daß die Leistung unterlassen worden sei, rechnen, sondern vielmehr die condictio schon dadurch als begründet ansehen, daß der Empfänger sich in der Lage befunden habe, leisten zu können, also schon durch seine bloße mora. Höchstens wird in ganz besonderen Fällen und aus besonderen Gründen noch verlangt, daß die Leistung für die Zukunft nicht mehr möglich sei[5]). Die letztcitirte Stelle von Papinian verdient besonders, näher ins Auge gefaßt zu werden. Er sagt (l. 7 D. de praescr. verb.): „Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas".

Wer diese Stelle mit unbefangenem Sinne prüft, der kann gewiß nicht leugnen, daß hier zur Entstehung beider Klagen (der actio praescr. verbis und der condictio) gleichmäßig das bloße Zaudern (cessare) des Empfängers erfordert wird. Dieser Umstand braucht aber, wie schon weiter oben bezüglich der mora dargethan wurde, nicht etwa besonders durch den Nachweis der Nichterfüllung erwiesen zu werden; er wird vielmehr an und für sich durch den Ablauf eines modicum spatium temporis als genügend bescheinigt angenommen, bis etwa der Verpflichtete darzuthun vermag, daß er wirklich bereits geleistet habe, oder durch entschuldbare Hindernisse davon zurück gehalten worden sei. Darum heißt es "confestim agam" und dies „confestim" ist als stillschweigend bei dem „condicam" wiederholt zu nehmen. Selbst B.-Hollweg[6]), welcher doch mit einer auffallenden Entschiedenheit

---

5) L. 3 §. 2 u. 3, l. 5 §. 4 D. de condict. causa data c. n. s. (12. 4); L. 7 D. de praescr. verb. (19. 5). —
6) A. a. O. S. 342.

entgegen gesetzten Ansichten über den Klagegrund und die Beweislast huldigt, hat dieser Stelle diesen Sinn nicht abzusprechen und dieser Bedeutung derselben nicht auszuweichen vermocht. Erxleben[7]) sucht ihn zwar in diesem Puncte zu widerlegen, allein, wie mir scheint, ohne wesentlichen Erfolg[8]). Wohl ist diese Stelle ein Beleg dafür, daß die eben geschilderte Auffassung den römischen Juristen geläufig gewesen sei. Die hierfür sprechenden Gründe scheint mir Erxleben nicht widerlegt zu haben. Dieser Schriftsteller hat mit einer großen Umsicht und Sorgfalt alle Argumente, welche geeignet schienen, seine Ansicht aus den römischen Rechtsquellen zu belegen, zusammen gestellt und sich dadurch gewiß ein großes Verdienst um diese Lehre erworben. Die Vollständigkeit und Vielseitigkeit der Zusammenstellung und kritischen Beleuchtung des reichen Stoffes, welche sein Werk ist, bringt uns eben das Ziel der richtigen Erkenntniß dieses Instituts und seiner vollkommneren Auffassung nach allen Seiten hin bedeutend näher. Dieses Verdienst kann aber dadurch, daß man sich veranlaßt finden muß, hie und da abweichende Consequenzen zu ziehen, nicht geschmälert werden.

So glaube ich namentlich, daß die von mir bereits mehrmals hervorgehobenen Bedenken gegen eine Verwechselung der einschlagenden Verhältnisse mit wahrhaft bedingten dadurch

7) A. a. O. S. 504—505.

8) Allerdings muß zugegeben werden, daß der von B.-Hollweg angegebene Grund, weil die condictio hier an die Stelle der actio praescr. verbis trete, nicht ausreichend ist. Aus diesem Grunde hätte er ja den Fall der donatio sub modo ebenso beurtheilen müssen; denn hier findet ja auch eine Concurrenz beider Klagen Statt (L. 9 u. 22 Cod. de donat. (8. 54). Im Widerspruche mit sich selbst entscheidet er aber hier anders (S. 341 a. a O.). — Auch kann man nicht wohl sagen, die condictio trete an die Stelle der actio praescr. verbis, weil letztere Klage viel später nach jener erst eingeführt worden ist.

nicht zu widerlegen sind, daß der Gebrauch des Wortes conditio zur Bezeichnung derselben in den Quellen verschiedene Male nachgewiesen wird. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Worte causa und conditio in den Quellen in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht werden und daß überhaupt auf einzelne Worte und Ausdrücke ein absoluter Werth nicht gelegt werden darf, deren Werth vielmehr aus der Totalauffassung des ganzen berührten Verhältnisses bemessen werden muß. Wenn z. B. in l. 2 §. 7 D. de donat. (39. 5) gesagt wird: „Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret“; so wird hier allerdings das Wort conditio zur Bezeichnung eines Verhältnisses gebraucht, welches man für eine datio ob causam futuram erklären muß[9]). Allein hier ist der Ausdruck sofort richtig erklärt und gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß in dieser Stelle der Gegensatz von causa in seiner Bedeutung als reines, juristisch unwirksames Seelenmotiv, wie auch in l. 3 eod tit., herausgesetzt werden soll. Es konnte demnach das Wort causa hier nicht wohl zweimal und jedesmal in einem gegensätzlichen Sinne gebraucht werden. Das passendste Wort war demnach „conditio“, welches allerdings, wie man zugeben muß, das äußerlich ähnlichste Verhältniß selbst in seiner technischen Bedeutung bezeichnet. Hier heißt aber „ea conditione“ so viel und Nichts weiter, als „zu dem Zwecke“. In der gewöhnlichen Umgangssprache ist eine Vermischung dieser Bezeichnungen der leichteren Auffassung halber gerechtfertigt. In der strengen Rechtssprache aber ist diese Ausdrucksweise ungenau zu nennen. Gleichwohl finden sich dergleichen Ungenauigkeiten in den Quellen öfters vor. Dies darf uns aber nicht zu der Annahme berechtigen, daß die römische Jurisprudenz

---

9) Vergl. Erxleben, a. a. O. S. 85 flg.

solche an sich innerlich verschiedene Verhältnisse, welche sie durch den Ausdruck nicht immer genau unterscheiden, auch juristisch überall ganz gleich behandelt habe.

Die condictio ob causam datorum (Fortsetzung).

§. 40.

Wenn man ferner zum Beweise, daß die obligatio ob rem dati erst im Momente des Wegfalls der causa futura entstehe, sich auf folgende Stellen:

„Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam“ [1]); —

„Omissa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem“ [2]);

„Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore“ [3]); —

und andere ähnliche Aussprüche beruft [4]), so steht den desfallsigen Folgerungen der innere Vernunftgehalt und die unleugbare Wahrheit dessen entgegen, was oben über die Trennung des subjectiven und objectiven Moments in der causa gesagt worden ist. Mögen diese römischen Juristen auch immer die causa, welche ihre Ergänzung mittelst des in der Zukunft liegenden objectiven Moments noch erwartet, bis dahin eine justa nennen, eine vollkommene ist sie deßhalb noch nicht, und ihre Wirkungen sind deßhalb beschränkt. Wenn aber die Entscheidung des definitiven Fehlschlagens der causa

1) L. 1 §. 3 D. de condict. sine causa (12. 7). —
2) L. 3 §. 5 D. de collat. bonorum (37. 6). —
3) L. 1 §. 2 D. de condict. sine causa (12. 7). —
4) Vergl. Erxleben, a. a. O. S. 90—126. —

futura eintritt, dann freilich erlöschen auch die dem subjectiven Momente der causa bis dahin zugestandenen Wirkungen, und es kann fortan von gar keiner causa mehr die Rede sein. In diesem Sinne mag man denn auch die Ausdrücke: „redit ad non justam causam", incipit sine causa esse" u. s. w. verstehen. Auf diese Weise lassen sich auch diese Aussprüche mit den Worten African's:

> „Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit" [5]),

vereinigen. Er bestätigt hier ausdrücklich, was weiter oben ausgeführt wurde, daß der rechtliche Klagegrund bei der condictio sine causa im engeren Sinne und der condictio causa data, causa non secuta vollkommen gleich sei. Diese Gleichheit besteht aber, wie ganz evident nachgewiesen wurde, lediglich darin, daß in beiden Fällen nur das subjective Moment der causa vorhanden ist und hier, wie dort der Mangel des objectiven die Obligation auf Rückgabe begründet.

Eine ganz besonders vorsichtige Erklärung erfordert aber folgende Stelle von Julian:

> „Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam; sed non aliter obligavit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset... — Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret: quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset, futurum id non

5) L. 4 D. de condict. sine causa (12. 7). Man vergleiche hierzu auch L. 10 D de cond. causa data, c. n. sec. (12. 5). —

esse, obligabitur, qui accepisset, veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra Calendas manumitteret: ante Calendas nullam actionem habebo: post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit“[6]).

Es ist vor allen Dingen fest zu halten, daß der Jurist sich bemüht, den Unterschied des creditum von anderen in gewisser Beziehung ähnlichen Verhältnissen klar zu machen. Auch außer dem creditum, sagt er, komme eine numeratio pecuniae vor, ohne jedoch dieselben Wirkungen, wie dort, zu äußern. Er führt nun Beispiele der datio ob rem an und weiß, — dies darf man wohl sagen, — die unterscheidenden Merkmale eben nicht einfacher, kürzer und besser darzustellen, als indem er sagt, der Empfänger werde in diesen Fällen nicht eher verpflichtet zur Rückgabe, „quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset“. Er will den Unterschied eben recht praktisch und auffallend zeigen, und diesen Zweck erreicht er hiermit freilich sehr leicht, leichter, als wenn er sich auf die allerdings viel subtilere Auffassung der wirklichen Natur dieser Verhältnisse eingelassen hätte. Aus einem solchen Streben nach kurzer, leicht faßlicher Demonstration entstehen aber eben diese so vielfach vorkommenden Ungenauigkeiten, welche zur größten Vorsicht bei der Interpretation der römischen Rechtsquellen nöthigen. Namentlich aber finden sich dergleichen Ungenauigkeiten und Schwankungen der Ausdrücke gar häufig, wenn der Moment der Nativität der Klage verschieden von dem der Enstehung der Obligation bezeichnet werden soll. Ich weise hierbei auf das oben bezüglich des dies adjectus Gesagte zurück und namentlich auf die Worte des Paulus: „ex die incipit obligatio, cujus

6) L. 19 pr. D. de rebus creditis (12. 1). —

natura haec est, ut ante diem non exigatur" (— **l. 44 §. 1 D. (44. 7)** —). Im Ausdrucke werden hier beide verschiedene Begriffe geradezu confundirt.

Ueberhaupt aber ist hier die Bemerkung wohl am Platze, daß die römischen Juristen bei allen diesen erst später unter gewissen Voraussetzungen zur Vollendung kommenden obligatorischen Verhältnissen nicht ganz einig, sicher und klar darüber geworden sind, welche Bedeutung den vor dem entscheidenden Momente vorhandenen unvollendeten Bestandtheilen des Verhältnisses beizulegen sei[7]), ob und in welchen Fällen bis dahin schon eine existent gewordene Obligation mit bloß hinaus geschobenem Moment der Klagentstehung, oder überhaupt gar Nichts, gar keine Obligation vorhanden sei. Letzteres scheint vorzugsweise bei wahrhaft bedingten Verhältnissen angenommen worden zu sein, und es liegen auch, wie gezeigt wurde, gute innere Gründe für eine solche Unterscheidung zwischen diesen und anderen vor. Allein ganz bestimmt und allgemein läßt sich auch dies nicht einmal behaupten. Denn einmal findet schon eine Art rechtlicher Beziehung zwischen beiden Objecten **pendente conditione** Statt, indem z. B. ein Einwirken zum Nachtheile des Anderen nicht gestattet wird; „ **quicumque sub conditione obligatus curaverit, ne conditio exsisteret, nihilo minus obligetur"** [8]). Dann wird diese Annahme wenigstens bezüg-

---

7) Man möge mir dieses Urtheil nicht übel auslegen; denn es soll weit entfernt sein, die hohe Bedeutung der Leistungen der römischen Juristen auch nur im Mindesten anzutasten. Aber man darf wohl ungestraft anzudeuten wagen, daß dieselben der Nachwelt noch eine kleine Nachlese übrig gelassen haben. — Man vergleiche auch Ihering in seinen und Gerber's Jahrb. für die Dogmatik des heut. röm. und deut. Privatr. Bd. I. S. 28 flg. —

8) L. 85 §. 7 D. de verb. obl. (45. 1). —

lich der bedingten Stipulationen wieder zweifelhaft durch folgenden Ausspruch Ulpian's: „Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse“[9]). — Sollte dies nun auch aus den Eigenthümlichkeiten der verborum obligatio zu erklären sein, so bleibt es doch immer beachtenswerth, daß selbst in diesen ganz unvollendeten Erscheinungen des Rechtslebens die Existenz einer Obligation als juristisch statthaft anerkannt werden konnte.

Wie nun ihrer innern Natur nach entschieden anders aufzufassende Verhältnisse von den römischen Juristen im Ausdrucke überhaupt oft mit den wahrhaft bedingten verwechselt werden, so stößt man auch insbesondere auf ungenaue, zweifelhafte Bezeichnungen ihrer Wirkungen. Anstatt von der Entstehung der Klage zu reden, heißt es dann und wann „obligatio cessabit“, „non aliter obligabitur“ u. s. w., ganz so, wie Paulus sagt: „ex die incipit obligatio“ etc. Am Schluße der oben inserirten Stelle (L. 19 pr. D. de reb. cred.) giebt Julian selbst zu erkennen, daß er sein vorher gehendes „obligatio cessabit“ nur in diesem Sinne gemeint habe, indem er nun wieder als ganz gleichbedeutend damit sagt „nullam actionem habebo“. — Endlich liegt durchaus kein triftiger Grund vor, die Schlußworte dieser Stelle „ita demum agere potero, si manumissus non fuerit“ ohne Weiteres auf den processualischen Klagegrund zu beziehen. Es ist bereits weiter oben bemerkt worden, daß Quellenausdrücke, wie „agere non potest“ und ähnliche gar häufig keinen Bezug auf den formellen, sondern lediglich auf

9) L. 42 pr. D. de obl. et act. (44. 7). —

den materiellen Klagegrund haben, auf das Ende des Processes hinzielen und nur allenfalls sagen wollen, man könne unter solchen Bewandnissen mit der Klage nicht durchdringen. So sind denn auch Julian's Worte nur auf den materiellen Inhalt des Rechtsverhältnisses zu beziehen, und es ist Nichts weiter darin zu finden, als daß das in Frage stehende Recht nur unter den fraglichen Voraussetzungen zur Anerkennung kommen könne. Dies ist auch gewiß schon ganz wahr gesprochen, aber eigentlich ein trivialer Ausspruch, hinter welchem man eben nichts Besonderes suchen muß. Und wenn auch dergleichen Momente vor dem Prätor mit vorzubringen waren, so könnte man selbst daraus noch keinen sicheren Schluß auf die Beweislast ziehen, indem nicht zu bezweifeln ist, daß in gewissen besonders gestalteten Fällen manche nicht zum processualischen Klagegrunde gehörige Umstände mehr pro coloranda causa vom Kläger angeführt werden mußten [10]).

---

10) Hierüber ist schon oben ausführlicher gehandelt worden, und zwar unter Bezugnahme auf Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast S. 121, 122, 140, 143 — 157. — Der Schluß der fraglichen Stelle könnte leicht zu der Vermuthung führen, als ob die Worte „si manumissus non fuerit" in die formula gehörten, wenn man nämlich das Wort „ita" hier in der häufigen Bedeutung gleich „his verbis" nimmt, obwohl es eben so gut so viel, als „hoc casu" bedeuten kann. Gehörten sie aber auch in die formula, so folgte daraus doch aus den angegebenen Gründen noch nicht unbedingt, daß man sie als Bestandtheile des klägerischen thema probandum zu betrachten habe. Dagegen sprechen zu wichtige innere Gründe. Welche Stelle sie daselbst eingenommen haben würden, müßten wir freilich bei den mangelhaften und zum Theil sehr dunkeln Nachrichten, welche über diese Dinge bis auf unsere Zeit gekommen sind, unentschieden lassen. Vielleicht wurden dergleichen Einschiebsel wie jene praescriptiones pro actore behandelt, von denen sich bei Gajus IV §. 130 — 137 nur mangelhafte Andeutungen finden, sicher aber viele Arten mit Stillschweigen übergangen sind (vergl. Puchta, Institut. 3. Aufl. §. 164, vorzügl. N. d). — Ein Erzeugniß der

Da hiernach durchaus keine Nothwendigkeit vorliegt, mit Erxleben[11]) diese und andere ähnliche Aussprüche so strict auf den processualischen Klagegrund zu beziehen, so erscheint es gewiß als höchst rathsam, von eben dieser Auslegung ganz abzugehen und sich derjenigen zuzuwenden, durch welche Widersprüche mit anderen Stellen vermieden werden und eine Vereinigung derselben mit wesentlichen allgemeinen Rechtsprincipien und weit wichtigeren inneren Rechtsgründen leicht herzustellen ist. Man betrachte namentlich den Fall eines Innominatcontracts. Klagte Jemand aus einem solchen auf das Interesse wegen Nichterfüllung, so brauchte er entschieden, dies wird allgemein zugegeben, die Nichterfüllung nicht zu beweisen (l. 7 cit. D. de praescr. verb.). Sollte er nun aber diesen Beweis zu übernehmen genöthigt werden, wenn er es vorzieht, mit der condictio das Hingegebene zurück zu verlangen? Sollten wohl römische Rechtsgrundsätze eine solche Anforderung gut heißen? Ich meinestheils begreife nicht, wie man dies für möglich halten kann. Ich glaube nicht, daß jemals, auch vor der Einführung der actio praescr. verbis, bei den Römern dem Kläger ein solcher Beweis auferlegt worden ist. Denn, wäre es geschehen, so würde die Unnatur, welche sich hier in ihre durch die Vernunft und aequitas dictirten Rechtsgrundsätze eingeschlichen hätte, so grell hervor getreten sein, daß sie sicherlich Veranlassung zu Zweifeln und speciellen Erörterungen gegeben haben würde. Die römischen

---

Proceßpolitik, bezweckten sie im Allgemeinen gewisse Determinationen des klägerischen Verlangens zur Ausschließung möglicher Zweifel über das Ziel, oder den Umfang der intentio. Dieser Bestimmung würde es gerade nicht widersprechen, die Worte „si manumissus non fuerit" als einen solchen Vorbehalt des Klägers hinsichtlich seines Verlangens anzusehen.

11) A. a. O. S. 112, 113 u. 122. —

Juristen widmen aber dieser Frage jedenfalls deßhalb keine besondere Aufmerksamkeit, weil ihre Rechtspraxis ihnen keine Veranlassung dazu gegeben hat, und der Rechtsverfolgung bei ihnen solche widernatürliche Schwierigkeiten nicht in den Weg gelegt worden sind.

Anhang über die exceptio non rite impleti contractus.

§. 41.

Mit Obigem könnte ich eigentlich diejenigen Specialuntersuchungen, welche in den Kreis meiner Aufgabe fallen, als geschlossen betrachten. Es bestimmen mich jedoch gewisse Gründe, denselben als Anhang noch einige kurze Bemerkungen über die exceptio non rite impleti contractus beizufügen.

Ich behauptete oben im §. 17 dieser Abhandlung, es sei ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß derjenige, welchem eine Leistung obliege, im Zweifelsfalle immer die Erfüllung beweisen müsse, möge nun der Gegner eben diese Erfüllung, oder nicht diese direct, sondern eine Folge der Nichterfüllung, secundäre Leistung, für sich in Anspruch nehmen. Selbst im letzteren Falle brauche der Berechtigte keinesfalls die Nichterfüllung zu beweisen. Sie gehöre, wenn er sie auch aus anderen Gründen zu allegiren veranlaßt sei, nicht zum processualischen Klagegrunde. Ich berief mich dabei zunächst auf das Beispiel der exceptio non impleti contractus und habe diesen Satz im ferneren Verlaufe dieser Untersuchungen weiter ausgeführt und an einer Reihe anderer Beispiele nachgewiesen.

Diese exceptio non impleti contractus, womit der Beklagte, ohne die Nichterfüllung beweisen zu müssen, den Anspruch auf die ihm obliegende Gegenleistung dilatorisch zu-

rück weist, findet nun überall dann Statt, wenn die Leistung entweder überhaupt gar nicht, oder doch quantitativ nicht vollständig bewirkt worden ist. Bei qualitativen Mängeln der Leistung spricht man hingegen von einer exceptio non rite impleti contractus[1]. — Man könnte nun wohl den Einwand machen, daß nach dem von mir aufgestellten Principe demjenigen, welcher auch qualitativ gehörig zu erfüllen verpflichtet sei, im Zweifelsfalle eben so wohl der Beweis, daß er diese Verbindlichkeit erfüllt habe, obliegen müsse, gleichwohl aber in solchem Falle entschieden andere Rechtsgrundsätze anerkannt und angewendet würden. Letzteres ist als richtig zuzugeben, und auch die römischen Rechtsquellen bestätigen es ausdrücklich[2]. Allein dieser Satz durchkreuzt das von mir vertheidigte Princip durchaus nicht, und zwar aus dem Grunde, weil die aus der qualitativ mangelhaften Erfüllung entspringenden Rechtsmittel eine ganz andere factische und juristische Grundlage haben, als die aus der totalen oder quantitativ bloß theilweisen Nichterfüllung entstehenden. Betrachten wir das im Leben am Meisten frequentirte und in der Rechtslehre am Ausführlichsten bearbeitete Rechtsgeschäft, den Kauf! Zu den wesentlichsten Bestandtheilen dieses Geschäfts gehört, daß die Contrahenten über den Preis und den Gegenstand einig sind. Es liegt nun in der menschlichen Natur, wie in der Natur der Dinge, daß gerade über den Gegenstand dieses Geschäfts

---

1) Vergl. Schmid, Handb. des Civilprocesses II. Th. §. 95 S. 8. —

2) L. 4 D. de probat. (22. 3): „Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugisse". — Dieser Ausspruch ist auch nicht etwa bloß auf Rechtsmittel aus dem ädilitischen Edicte zu beziehen, sondern es ist vielmehr anzuerkennen, daß er ein allgemeineres Princip enthalte.

vielerlei Irrthümer sehr leicht und häufig vorkommen können, und es fragt sich nun, welchen rechtlichen Einfluß ein solcher Irrthum im Objecte ausübt. Hierbei ist zu unterscheiden

A. der Einfluß, welchen der Irrthum auf den Abschluß, auf das Zustandekommen des Handels,

B. derjenige, welchen er hinterher, nachdem das Geschäft entschieden zu Stande gekommen ist, in Bezug auf die Erfüllung äußert.

In ersterer Beziehung hindert der Irrthum die Entstehung des Rechtsgeschäfts überhaupt,

1) wenn beide Contrahenten verschiedene Gegenstände meinten;

2) wenn Beide, oder Einer sich in einem wesentlichen Irrthume über den Stoff, oder die Gattung des Objects, mochte auch die Species unzweifelhaft bezeichnet sein, befanden.

Hier wird ein Mangel am mutuus consensus und deßhalb Nichtigkeit des Geschäfts angenommen. Diese Annahme findet jedoch nicht Statt, wenn der Käufer sich bloß über solche Qualitäten des Gegenstandes, welche ihn an sich nicht zu einem andern machen, namentlich über die Güte desselben irrte[3]).

In dieser letzteren Beziehung bringt der Irrthum des Käufers niemals Nichtigkeit des Geschäfts, sondern nach den Principien der Billigkeit dann, wenn der Irrthum entschuldbar ist, bloß gewisse der Unbilligkeit abhelfende Forderungen des Käufers und Verpflichtungen des Verkäufers hervor[4]). Diese Ausgleichung wird gewährt entweder durch das Interesse, oder durch Wiederaufhebung des

---

3) L. 9, 10, 11 u. 14 D. de contrah. empt. (18. 1). —

4) L. 15 §. 1 eod. tit. „Ignorantia emptori prodest, si non in supinum hominem cadit". —

Geschäfts (Redhibition) oder durch angemessene Preisminderung. Den Anspruch auf Lieferung eines anderen Objects kennt und nennt weder das Civilrecht im engeren Sinne, noch das ädilitische Edict. Ein solcher Ausspruch könnte aber schon deßhalb rechtlich nicht anerkannt werden, weil ein Mangel des mutuus consensus in Bezug auf das Kaufobject nicht angenommen wird, sondern lediglich ein Irrthum in den Eigenschaften der Güte bei vorausgesetzter Identität des von beiden Seiten dem Rechtsgeschäfte untergelegten und geleisteten Gegenstandes. Hieraus folgt nicht nur der Ausschluß der Richtigkeit des Handels, sondern auch, daß der Käufer vernünftigerweise nicht sagen darf, Verkäufer sei schuldig, ihm ein anderes Object zu liefern, da er vielmehr unter obigen Voraussetzungen anerkennen muß, daß das geleistete Object in der That trotz seiner Mängel kein anderes sei, als dasjenige, auf welches der übereinstimmende Wille beider Contrahenten gerichtet war. Muß er die Lieferung dieses identischen Objects anerkennen, so kann er auch die Erfüllung überhaupt nicht leugnen. Hat er nun daraus, daß das Object an wesentlichen und nicht offenbar in die Augen fallenden, beim Handelsabschlusse schon vorhandenen Mängeln leidet, rechtliche Ansprüche herzuleiten, möge der Verkäufer dolos gehandelt haben, oder nicht, so muß man eben seinen entschuldbaren Irrthum als den rechtlichen Entstehungsgrund seiner Ansprüche ansehen. Es sind daher die Thatsache der fehlerhaften Beschaffenheit des Objects und Erfüllungsmittels und der Irrthum des Käufers darüber, daß er ein fehlerhaftes Object gekauft habe, als die selbstständigen Factoren eines selbstständigen Rechts zu betrachten, welches, wenn auch mit der Contractsklage[5]) verfolgt, doch nicht so

5) Hier wird vorausgesetzt, daß der Käufer als Kläger auftritt.

unmittelbar aus dem Contracte entspringt, daß man das Rechtsmittel auf die Richterfüllung basiren könnte. Es ist eine Klage auf Ausgleichuug einer Unbilligkeit, welche aus dem entschuldbaren Irrthume des Käufers über die Beschaffenheit des Objects entstanden ist, nicht auf bessere, oder andere Erfüllung [6]). Das, was der Käufer mit diesem Rechtsmittel erlangt, ist daher auch nicht etwa als secundäre Leistung eines wegen Unmöglichkeit der primären Leistung substituirten Erfüllungsmittels, wie in den oben erörterten Rechtsverhältnissen, sondern als eine selbstständige anzusehen. Auch hieraus ergiebt sich sehr natürlich, daß und warum die Thatsache der mangelhaften Beschaffenheit des Objects und der entschuldbare Irrthum, in welchem sich der Käufer deßhalb befand, zum Klagegrunde zu rechnen sei. Es liegt nämlich nicht eine Verneinung, sondern eine selbstständige Anfechtung der Leistung, sei es mittelst Klage oder Einrede, vor [7]). —

Es bleibt sich für unsere Frage gleich, ob das besprochene Recht mittelst Klage, oder Einrede geltend gemacht wird.

6) Dieselbe Ansicht hat Bähr, a. a. O. S. 174 und 175. —

7) Die abweichende Ansicht Thöl's (Handlsrecht §. 85) dürfte mit obiger Ausführung hinlänglich widerlegt sein. Namentlich aber muß man es als juristisch unstatthaft und inconsequent tadeln, daß er die processualische Lage, ob der Anspruch des Käufers klagend oder einredeweise verfolgt wird, hier entscheiden lassen will. Ob Klage, ob Einrede, dies kann hier für die Beweislast keinen Unterschied machen. Beide Rechtsmittel haben ein und dieselbe Grundlage. — Freilich hätte man den Ausdruck „exc. non rite impl. contr." für diese Fälle lieber vermeiden sollen. Er bezeichnet die juristische Bedeutung des Rechtsmittels nicht richtig und verführt zu unrichtigen Anschauungen. Es handelt sich nicht um bessere Erfüllung, sondern um Ausgleichung unbilliger Nachtheile, die der Käufer in Folge seines Irrthums erleiden sollte. —

Anhang über die exceptio non rite impleti contractus (Fortsetzung).

§. 42.

Es ist möglich, sich beide Einreden, die des nicht und die des nicht gehörig erfüllten Contracts, in einem Processe, gegen ein und dieselbe Klage dergestalt successiv gerichtet zu denken, daß der letztgedachte Einwand erst in der Duplic erscheint. Eine solche vollständige Zerlegung des ganzen Verhältnisses hat den Nutzen, das Wesen namentlich der letzteren Einrede und ihr Verhältniß zum ersteren recht klar und anschaulich zu machen. Sie stellt sich in folgender Weise dar:

a) Klage auf den Kaufpreis,

b) exceptio, daß erst die Waare zu leisten sei (non impl. contr.),

c) Replic, daß das Object des Handels geliefert, mithin Seitens des Klägers die Obligation erfüllt sei,

d) duplicatio gegen diese Replic, bestehend in der Anfechtung des Erfüllungsmittels und des Geschäfts wegen Fehlerhaftigkeit des Objects und entschuldbaren Irrthums (non rite impl. contr.). —

Ist, wie gewöhnlich, die Replic in der Klage mit enthalten, so tritt die duplicatio alsbald an die Stelle der exceptio [1]. —

Wenn ich nach dem Vorhergehenden das Wesen der sogenannten exceptio non rite impleti contractus als eine Anfechtung des Geschäfts wegen Fehlerhaftigkeit des Objects und entschuldbaren Irrthums über dessen Eigenschaften bezeichnete, so ist dabei immer die Voraussetzung fest zu halten,

---

1) Man vergleiche bezüglich dieser Zerlegung und Aufstellung des Streitmaterials Hellmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast S. 212. —

daß der gekaufte Gegenstand wirklich geliefert sei, also die Voraussetzung der an und für sich nicht in Zweifel zu ziehenden Identität des erhandelten und des geleisteten Objects. Es kann nun allerdings auch der Fall eintreten, daß diese Voraussetzung wegfällt, daß also der Verkäufer ein anderes, als das wirklich erhandelte Object liefert. In diesem Falle ist es aber nicht genug, zu sagen, der Contract sei nicht gehörig erfüllt, da er vielmehr überhaupt als gar nicht erfüllt angesehen werden muß. In einem solchen Falle würde also eigentlich die exceptio non impleti contractus mit der Wirkung, daß der Verkäufer verpflichtet sei, ein anderes, nämlich das richtige und wahre Object zu liefern, am Platze sein. Dieser Fall kann nun nicht vorkommen, wenn das Object beim Abschlusse des Handels gegenwärtig und beiden Contrahenten vor Augen war und sofort tradirt wurde. Anders dagegen, wenn das Object des Kaufs nicht gegenwärtig ist, erst später vom Verkäufer geliefert werden soll und dem Käufer bis dahin noch nicht aus eigener Anschauung bekannt, sondern vielmehr bloß durch Beschreibung bestimmt worden ist. In diesen Fällen wird die Frage, ob der Käufer die Identität des ausbedungenen und des geleisteten Objects in Abrede stellen, mithin den Contract schlechthin als überhaupt nicht erfüllt betrachten, oder vielmehr bloß das Geschäft wegen Fehlerhaftigkeit des Objects anfechten dürfe, weit schwieriger und zweifelhafter. Hier kann man nichts Anderes annehmen, als daß nur Einer der Contrahenten, nämlich der Verkäufer, sich des verhandelten Objects bestimmt bewußt gewesen sei, mögen es Species, oder auch Gattungen, nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmte Gegenstände sein. Dem Käufer dagegen ist dies bestimmte Object, welches der Verkäufer im Sinne hatte und Jenem zur Disposition stellte, nur durch Beschreibung oder wohl auch durch eine Probe ver-

gegenwärtigt worden. Möge nun auch der Käufer in Folge der anpreisenden Beschreibung, oder der mit Fleiß besonders ausgesuchten Probe veranlaßt worden sein, sich ein günstigeres Bild von der Waare vorzustellen, so ist er doch immer nur auf dasjenige Object, auf diejenige Waare, welche der Verkäufer bestimmt im Sinne hatte und ihm zur Disposition stellte, mit Letzterem überein gekommen. Liefert nun Dieser eben diese Waare, so muß der Käufer, wenn sie auch mangelhaft und den Zusagen[2]) und Beschreibungen nicht entsprechend ist, doch die erfolgte Erfüllung an und für sich anerkennen; denn er hat insoweit die Bestimmung des Objects dem Verkäufer überlassen, als er auf Treu und Glauben den Handel auf das bestimmte Object einging, welches der Verkäufer dabei im Sinne hatte, von welchem aber er selbst sich nur eine mehr oder weniger bestimmte bildliche Vorstellung machen konnte. Irrte er sich in dieser Vorstellung auf entschuldbare Weise[3]) und zu seinem wesentlichen Nachtheile, so kann er den Handel wegen Fehlerhaftigkeit des Objekts anfechten, keineswegs aber könnte er deßhalb behaupten, daß der Contract überhaupt nicht erfüllt, daß Verkäufer nicht das vereinbarte Object geliefert habe und schuldig sei, dasselbe noch nachträglich, mithin ein anderes, als das bereits geleistete, zu liefern[4]). — Nur dann, wenn der Verkäufer

2) Beim Kauf nach Probe ist eben auch nur ein dictum promissum anzunehmen, und Letzteres bewirkt eben weiter Nichts, als daß Eigenschaften, welche an sich keine gesetzlich anfechtbaren Fehler involviren, dadurch, daß sie gegen die ausdrückliche Zusage der Sache anhaften, zu anfechtbaren Fehlern und Mängeln werden. —

3) Dies ist allemal der Fall, wenn der Irrthum durch die Zusagen des Verkäufers veranlaßt wurde. —

4) In diesem Puncte ist Thöl (Handelsrecht §. 85) anderer Meinung; allein, wie ich glaube, mit Unrecht. Ich muß aus den oben entwickelten Gründen die von ihm aufgestellten Grundsätze ent-

wirklich eine andere Waare untergeschoben und geliefert haben sollte, als diejenige, welche vereinbarter Gegenstand des Handels geworden war, könnte das letztgedachte Verlangen des Käufers und die exceptio non impleti contractus als rechtsbegründet angesehen werden. Dieser Fall ist allerdings auch sehr wohl denkbar, allein man wird nicht leugnen können, daß der Käufer nur selten in der Lage sein wird, sich zu einer solchen Annahme für berechtigt halten zu dürfen. Es müßten dann besondere Gründe zu der Ueberzeugung vorliegen, daß der Verkäufer das bestimmte Object, welches er beim Abschlusse des Handels bezeichnete und meinte, und worüber er disponirte, hinterher nicht geliefert habe, sondern vielmehr ein anderes, welches ihm gleichfalls zur Disposition stand, sei es eine Species, oder eine andere auf seinem Lager befindliche Sorte fungibler Gegenstände. Würde in diesem Sinne die Identität des gelieferten Objects bestritten, so müßte der Beweis der Identität freilich dem Verkäufer auferlegt werden; denn es handelte sich dann um die Erfüllung überhaupt. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, daß in solchen Fällen bei Eidesdelation der gewissenhafte Käufer sich regelmäßig zur Relation, bei einer anderen Beweisführung der vorsichtige Käufer sich zur Führung eiues energischen directen Gegenbeweises würde veranlaßt sehen müssen.

Beim Wegfall solcher Voraussetzungen aber muß es dabei bleiben, daß bloß eine selbstständige Anfechtung des Geschäfts wegen Fehlerhaftigkeit des Objects und Irrthums des

---

schieden für irrthümlich erklären. Dieser Irrthum hat ihn denn auch zu der oben in Anm. 7 zum vorigen §. gerügten Inconsequenz, die processualische Lage, ob Kläger, ob Verklagter, sei entscheidend, verleitet. — Man vergleiche auch über diese Lehre Schmid, Handb. des Civilprocesses, II. §. 95, S. 8. —

Käufers in Bezug auf die Eigenschaften des Letzteren zulässig sei und daß hierdurch bloß das Interesse, Wiederaufhebung des Handels, oder Preisminderung erzielt werden könne. Es ist daher auch durchaus nicht zu rechtfertigen, mit Thöl[5]) zwischen einem Verkaufe in genere und in specie dergestalt zu unterscheiden, daß die contractswidrig oder überhaupt fehlerhaft qualificirte Waare beim Verkaufe in genere allemal ein anderes, als das consentirte Object sei. Eben so wenig liegen haltbare Gründe zu der Annahme vor, daß das Aedilitische Edict lediglich den Verkauf von Species voraussetze[6]). Es ist vielmehr ausgesprochen, daß es keine Gattung von Sachen ausschließe[7]). Eine solche Unterscheidung ist weder praktisch zu nennen, noch juristisch zu rechtfertigen. Man denke sich z. B. folgenden Fall:

Es wird eine Quantität fungibler Sachen von einem vor den Augen beider Contrahenten liegenden Haufen gekauft und zugemessen. Hinterher findet der Käufer, daß zugesagte Eigenschaften, über die man sich im Augenblicke täuschen konnte, mangeln. Es waren solche Eigenschaften, die erst bei der zweckdienlichen Verwendung des Gegenstands geprüft werden können. Würde man hier wohl mit Thöl sagen können, es sei ein anderes, als das consentirte Object geliefert worden, und der Vertrag überhaupt erst noch durch eine andere und contractmäßige Leistung zu erfüllen? Gewiß nicht. Denn auf eine andere Waare, als die gelieferte, war ja offenbar die Absicht der Contrahenten nicht gerichtet, und der Verkäufer hatte villeicht gar keine andere Waare der fraglichen Gattung disponibel. — Diese selbstständige An-

5) Handelsrecht §. 83. —
6) Thöl, a. a. O.
7) L. 1 pr., l. 63 D. de aedil. ed. (21. 1). —

fechtung der Rechtsgeschäfte wegen Fehlerhaftigkeit und Mängeln der Objecte auf Grund des entschuldbaren Irrthums des Käufers findet also Statt nicht bloß beim Kaufe einer Species, sondern auch beim Kaufe in genere, nicht bloß, wenn die Waare sofort gegenwärtig, sondern auch, wenn sie abwesend und nachträglich zu liefern ist. Zur Begründung dieses Rechtsmittels, einerlei, ob es als Klage, oder Einrede geltend gemacht wird, gehört wesentlich der entschuldbare Irrthum des Käufers über die Mängel des Objects, mithin auch die Berufung auf bestimmte Mängel. Diese und den entschuldbaren Irrthum muß also derjenige, welcher sein Recht daraus herleitet, beweisen. Der innere Grund dieser Entscheidung liegt eben darin, daß der Käufer die Erfüllung, d. h. die Leistung des consentirten Objects an und für sich anerkennen muß[8]). Deßhalb ist das Verhältniß ein ganz anderes, als im Falle der Anwendbarkeit der exceptio non impleti contractus; deßhalb muß man aber auch die Bezeichnung des Rechtsmittels als exceptio non rite impleti contractus für unpassend halten.

Schließlich ist hier nur noch zu bemerken, daß die Anwendung der vorstehend über die Anfechtung des Kaufgeschäfts wegen geleisteter fehlerhafter Objecte aufgestellten Grundsätze auf andere, aber ähnliche Verhältnisse sich von selbst ergeben

8) Auch der von Heerwart, im Archiv für civil. Praxis Bd. VII. S. 360 fgg. angeführte Grund, — weil der Käufer hier nicht Erfüllung des Vertrags, sondern etwas ganz Anderes, nämlich Aufhebung desselben, oder Entschädigung verlange —, kann nicht als richtig anerkannt werden. Auf die Frage, was beansprucht wird, kommt hierbei, wie bereits ausführlicher gezeigt wurde, Nichts an, sondern darauf, woraus der Anspruch entspringt. Mit der secundären Leistung wird ja auch in der Regel Entschädigung verlangt, ohne daß deßhalb der Kläger die Nichterfüllung zu beweisen brauchte. —

möchte, daß aber, wenn das Object erst durch die Thätigkeit des Schuldners geschaffen werden soll, die zu prästirende diligentia und die hierüber geltenden Grundsätze in Betracht zu ziehen sind. Soweit also dieser ein Einfluß auf das Rechtsverhältniß einzuräumen ist, wird die Beweislast principaliter dem debitor dahin, daß er nach Kräften seine Schuldigkeit gethan habe, aufzulegen sein.

Diese Ausführung möge genügen, um darzuthun, daß die Grundsätze über den Klagegrund und die Beweislast bei den letztgedachten Verhältnissen die von mir bezüglich der substituirten Erfüllungsmittel aufgestellten Principien durchaus nicht alteriren.

Rückblick und Schluß.

§. 43.

Hiermit bin ich denn am Ziele meiner Untersuchungen angelangt, und hier sei mir nur noch ein kurzer Rückblick auf dieselben gestattet. Die Veranlassung dazu gab mir, wie im Eingange bemerkt wurde, die Beobachtung, daß in der Rechtswissenschaft und Praxis noch in vielen Fällen die Pflicht zur Führung von Negativenbeweisen in einer Ausdehnung anerkannt wird, gegen welche sich das Rechtsgefühl und die gesunde Vernunft sträubt, daß die hierüber herrschenden, wenn auch viel, doch bisher mit wenig Erfolg bekämpften Grundsätze namentlich in den Fällen dem Praktiker zur Plage gereichen, wenn der Gläubiger anstatt der ursprünglich zu beanspruchenden, aber ausgebliebenen Leistung eine andere in Anspruch nehme und nun zur Durchsetzung dieses Verlangens von ihm der Beweis der Nichterfüllung bezüglich der primären Leistung gefordert werden solle. Der Zweck meiner Untersuchungen war, diese von mir von vorn herein als eine Irrlehre betrachtete Doctrin mit wissenschaftlichen Gründen und

durch Nachweise aus den Rechtsquellen zu widerlegen. Ich ging deßhalb von allgemeinen Betrachtungen über Beweis und Beweispflicht im Processe aus, ging zu specielleren Untersuchungen über den processualischen Klagegrund namentlich bei obligatorischen Verhältnissen über, gelangte zu dem Principe, daß die besonderen Folgen der Nichterfüllung (Anspruch auf mehr, oder etwas Anderes, als die ursprünglich in obligatione befindliche Leistung) nicht aus einer neu entstehenden besonderen Obligation, sondern aus ein und derselben noch ihrer Erfüllung harrenden, einheitlichen Hauptobligation entspringen und daß sie lediglich als solutionis causa uud substitutionsweise beigefügte secundäre Leistungen ohne die Grundlage einer selbstständigen Obligation zu betrachten seien. Hieraus zog ich die rechtliche Consequenz, daß bei Geltendmachung solcher Folgen der Nichterfüllung diese nicht als Bestandtheil des Klagegrundes anzusehen sei, sondern daß vielmehr der Schuldner, um diese Folgen von sich abzuwenden, sich auf die Erfüllung der einzig vorhandenen Obligation mittelst des ursprünglich von ihr ergriffenen Objects berufen müsse. Ich ging dann zur genaueren Betrachtung einer Reihe einschlagender Rechtsinstitute von dem gewonnenen Standpunkte aus über, suchte an diesen die aufgestellten Principien nachzuweisen und dabei verschiedene zu erwartende Einwürfe alsbald zu widerlegen.

Ich hoffe und wünsche, mit diesen Untersuchungen gerade die grellsten Dissonanzen zwischen der Stimme der bisherigen Doctrin über den Klagegrund und die Beweislast bezüglich negativer Thatsachen und zwischen der Stimme des gesunden Rechtsgefühls aufgelöst zu haben. —





